

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GEOVANI BARBOSA VALENTE

**O DIREITO À REPARAÇÃO DOS DANOS SOFRIDOS PELO CANDIDATO
APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO E NOMEADO TARDIAMENTE**

CURITIBA

2016

GEOVANI BARBOSA VALENTE

**O DIREITO À REPARAÇÃO DOS DANOS SOFRIDOS PELO CANDIDATO
APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO E NOMEADO TARDIAMENTE**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof.º Dr. Daniel Wunder Hachem.

CURITIBA

2016

***Aos meus pais, Ivani e Sebastião.
Devo tudo a vocês, hoje e sempre.***

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter iluminado o meu caminho e me acompanhado nesta jornada.

De igual modo, sou eternamente grato aos meus pais, Ivani e Sebastião. Mãe, você é o alicerce de nossa família e eu não consigo segurar as lágrimas ao lembrar de tudo que já passamos para chegar até aqui. Pai, o senhor é o meu exemplo de humildade e perseverança. Quando meus pés não aguentavam mais caminhar, o senhor gentilmente cedeu seus braços e me carregou. Amo-os eternamente.

Agradeço o meu orientador, Prof. Daniel Hachem, pela ajuda neste trabalho. Suas instruções foram decisivas e muito enriquecedoras. Foi um prazer ter sido seu aluno e ouvir tantos conselhos bons. És um exemplo de profissional e de ser humano.

Devo agradecer ao querido Milton Wagner, cuja inteligência, criatividade e sabedoria são fascinantes. Sem você este trabalho não teria o mesmo resultado. Muito obrigado por todas as revisões, conselhos e palavras de incentivo.

Por fim, agradeço ao meu amigo, “mais chegado que um irmão”, Allan Capdehourat que me aguentou durante a gestação dessa monografia. É um prazer tê-lo em minha vida, meu caro.

*"Deus dá a todos uma estrela. Uns fazem da estrela um Sol.
Outros nem conseguem vê-la".*

Helena Kolody

RESUMO

O concurso público no Brasil tem extrema importância para a concretização de uma Administração Pública eficiente e democrática. Para investidura em cargo público, o art. 37, II, da CF preconiza que se faz necessária a prévia aprovação em concurso público, contudo, no mundo dos fatos, vê-se muitos candidatos aprovados e não nomeados, ou ainda, nomeados tardiamente. Essa omissão administrativa enseja sérios prejuízos aos cidadãos envolvidos, surgindo então a seguinte dúvida: os candidatos aprovados e nomeados após a expiração do prazo de validade do edital têm direito à reparação dos danos sofridos? O STF já se manifestou sobre o tema em sessão de 26/02/2015, quando os ministros julgaram o Recurso Extraordinário nº 724.347/DF no sentido de que “o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante”. A solução proposta pela Corte comporta várias críticas. Sendo assim, o objetivo deste trabalho é justamente analisar o instituto da responsabilidade civil do Estado, no que toca ao caso específico do candidato aprovado em concurso público e nomeado tardiamente, elencando os argumentos que podem fundamentar o dever de indenizar do Poder Público. Assim, impõe-se abordar os pontos cruciais do julgamento e as consequências para o mundo jurídico depois desta decisão. Percebe-se, a partir da pesquisa desenvolvida, que o quadro atual dos concursos públicos encontra várias arbitrariedades (flagrantes ou não), pois os responsáveis pelos certames realizam provas, contudo, não chamam os candidatos aprovados para tomar posse no cargo, utilizando como impeditivos crises econômicas, falta de verba e estrutura, entre outros. Ainda que os motivos sejam aparentemente legítimos, não se pode admitir que a Administração realize um concurso divulgando o número de vagas e depois retarde a nomeação dos aprovados. Há que se mencionar que ao publicar um edital para provimento de cargos, a Administração Pública deve ter um planejamento orçamentário que contenha exatamente o número de cargos que serão preenchidos, não sendo viável ao administrador contrariar essa disposição. Se existem cargos vagos disponíveis, candidatos aprovados em concurso vigente e aptos a tomar posse, é dever do Poder Público cumprir promover a nomeação dos interessados e legitimados. Todavia, se o Estado não cumpre com o seu dever, violando princípios constitucionais, é imperioso que haja reparo ao cidadão que sofreu determinado prejuízo.

Palavras-chave: Concurso público; direito subjetivo à nomeação; omissão administrativa; responsabilidade civil do Estado; reparação de danos ao candidato

ABSTRACT

Civil servant examinations in Brazil are extremely important for the implementation of an efficient and democratic Public Administration. For the investiture in public jobs, art. 37, II, of the Federal Constitution states that prior approval is required in a public examination, although, in reality, many candidates are approved, not hired or sometimes hired late. Regarding the civil responsibility of the State, it can be said that it is responsible, regardless of the evidence of its guilt or fraud, only importing the damages caused to the victim. The Brazilian Supreme Court has already expressed its views on the matter at a sitting of February 26, 2015, when the Ministers considered Extraordinary Appeal No. 724.347 / DF in the sense that "the server is not entitled to compensation, on the grounds that it should have been invested in Above, except in cases of flagrant arbitrariness ". It should be noted that the solution proposed by the court, contains several criticisms. Thus, it is necessary to address the crucial points of the trial and the consequences for the legal world after this decision. It is also necessary to analyze the State's civil liability institution, regarding the specific case of the candidate, listing the pros and cons that can justify the obligation to indemnify. This research has been developed through a bibliographical review of legal works, published scientific articles and analysis of jurisprudential precedents. It was obtained with the research that the current picture of the public examinations find several arbitrariness (flagrant or not), since those responsible for the examinations carry out tests, although do not hire the candidates approved to take office in the position, based on arguments such as economic crises, lack of funding and structure, among others. Although the reasons seem to be legitimate, it cannot be admitted that the Administration conducts an examination publicizing the number of vacancies and then delays the appointment of the approved ones. It is therefore important to indicate possible solutions, such as the immediate appointment of candidates who succeed in the selection or, at the latest, within the period of validity of the competition. When publishing a public piece of news to fill positions, the Public Administration already has the exact number of approved people that can summon up, it is not a discretion. If there are vacant positions, candidates approved in the examination are able to be hired, but the Public Power does not fulfill its duty, violating constitutional principles. Hence, it is imperative that there is repair to the citizen who has suffered these damages.

KEY WORDS: Civil servant examinations. State responsibility. Repairing the damages caused to the candidate. Administrative omission. Subjective Right to Appointment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	10
1.1. O REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL E SEUS ELEMENTOS CONFIGURADORES	10
1.2. NEXO CAUSAL, EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	15
1.3. A RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO	21
1.4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO	27
CAPÍTULO 2. CONCURSO PÚBLICO E SUA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA ...	36
2.1. O INSTITUTO DO CONCURSO PÚBLICO E SUA TRAJETÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	36
2.2. O CONCURSO PÚBLICO COMO EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL E A SUA NATUREZA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO	38
2.3. QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS: DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA, PREVISÃO EM LEI ORÇAMENTÁRIA E LIMITES DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL..	44
2.4. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO, AS EXCEÇÕES ADMITIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS ÓBICES APRESENTADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	48
CAPÍTULO 3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA NOMEAÇÃO TARDIA DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO	59
3.1. O ENTENDIMENTO ATUAL DA JURISPRUDÊNCIA: ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DO STF	59
3.2. OS EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL QUE RECONHECE O DIREITO DO CANDIDATO À NOMEAÇÃO	72
3.3. A EXISTÊNCIA DOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DA RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO EM MATÉRIA DE NOMEAÇÕES TARDIAS.....	80
3.4. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO ORDENADOR DE DESPESAS PELA VIA REGRESSIVA	85
CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	96

INTRODUÇÃO

Não é de hoje que a aprovação em concurso público seja o desejo de uma grande parcela da sociedade, em sua maioria, atraída pelas garantias que o vínculo junto à Administração Pública proporciona. Em um mundo globalizado em que as crises econômicas estão presentes com certa frequência, a população passa a visualizar o setor privado com olhos de desconfiança, de modo que a busca por empregos nos quais se obtenham bons salários e estabilidade aumenta consideravelmente. Destaque-se, contudo, que o Estado também é influenciado pela instabilidade econômica que atinge o mundo moderno e, por conta disso, garantias clássicas do servidor público podem estar comprometidas.

Para investidura em cargo público a Constituição Federal de 1988 disciplina em seu art. 37, II, que se faz necessária a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei.

Cumprido destacar que o texto constitucional disciplina que os concursos públicos terão validade de até dois anos, prorrogáveis uma vez, por igual período (art. 37, III, CF/88), estando devidamente disposto no edital de abertura do certame. Ora, no interior desse prazo os aprovados terão precedência para nomeação sobre os novos concursados (art. 37, IV, CF/88), de modo que a Administração Pública só pode preencher as vagas existentes em sua estrutura obedecendo à ordem dos candidatos aprovados, sob pena de incorrer em desvio de poder.

Contudo, fica sob dúvida a situação jurídica do candidato aprovado em concurso público, mas não nomeado. Durante muito tempo a posição majoritária foi no sentido de que "não há direito adquirido à nomeação de candidato aprovado em concurso público". Entretanto, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já destacaram que se o indivíduo é aprovado dentro do número de vagas previstas em edital, por exemplo, há sim direito subjetivo à nomeação.

Pois bem, e o que acontece, no mundo dos fatos ao candidato aprovado e não nomeado, ou ainda, nomeado tardiamente? Há quem alegue que o Estado age com dolo e até mesmo omissão quando não nomeia o indivíduo, importando no requerimento de indenizações pelo período que já poderia estar investido no cargo, com base na responsabilidade civil objetiva do Estado positivada no art. 37, §6º da Constituição Federal.

Portanto, o objetivo deste trabalho é justamente analisar o instituto da responsabilidade civil do Estado, no que toca ao caso específico do candidato aprovado em concurso público e nomeado tardiamente, elencando os argumentos que podem fundamentar [ou não] o dever de indenizar do Poder Público.

Num primeiro momento faz-se um panorama sobre a responsabilidade estatal e seus elementos configuradores, mostrando situações em que o Poder Público tem o dever constitucional de indenizar, bem como as situações em que se exclui a responsabilidade do Estado. Nesse contexto aborda-se, também, a temática da responsabilidade do agente público e os casos em que a omissão estatal causa os mais diversos danos ao particular.

Após, aprofunda-se a questão da regulamentação jurídica do concurso público partindo de um resgate histórico sobre essa forma de seleção junto à Administração Pública no Brasil, analisando todas as Constituições passadas e legislações pertinentes ao tema. Nesse ínterim, é abordado o tema orçamentário que permeia a abertura de um concurso no país, observando a importância de previsão de recursos suficientes para abertura de um edital de seleção, bem como de todas as etapas desse processo administrativo complexo. Ato contínuo, aborda-se a importância do conceito e as consequências jurídicas do direito subjetivo à nomeação.

Ao fim e ao cabo, no terceiro e último capítulo, de forma percuciente, o estudo recai especificamente sobre a tese defendida no presente estudo: a responsabilidade civil do Estado pela nomeação tardia de candidatos aprovados em concurso público. Com os dados e o resgate teórico dos capítulos anteriores, expõe-se os casos judicializados que motivaram a pesquisa. Partindo da análise do desfecho do Recurso Extraordinário nº 724.347/DF, no qual o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, julgou que o candidato aprovado em concurso público e nomeado tardiamente não faz jus à indenização pelo período em que já deveria estar empossado no cargo, exceto em situações de arbitrariedade flagrante. Elenca-se os argumentos utilizados pelos magistrados e magistradas da Suprema Corte nesta decisão a fim de, posteriormente, criticar e contrapor a posição ali defendida.

CAPÍTULO 1. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

“Para se chegar à fonte é preciso nadar contra a corrente.”

Stanislaw Jerzy Lec

A responsabilidade civil do Estado além de uma regra constitucional, configura-se como uma proteção do cidadão frente às condutas lesivas do Poder Público. Posto isso, faz-se necessário estabelecer quais são os pressupostos que envolvem o tema e os elementos configuradores da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Certamente que neste contexto, a Administração Pública não deve ser concebida como protetora de todas as intempéries que ocorrem na sociedade e, portanto, deve-se analisar as situações de exclusão e atenuação da responsabilidade estatal. Por fim, diante da tese proposta no presente estudo, cumpre abordar as especificidades da responsabilidade por omissão e do agente público causador de danos ao particular.

1.1. O REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL E SEUS ELEMENTOS CONFIGURADORES

A responsabilidade estatal é pautada no dever de reparação imposto constitucionalmente, quando há a superveniência de dano causado em decorrência de quaisquer atividades desempenhadas pelo Estado, na intenção de cumprir os fins voltados ao bem comum e na gestão do patrimônio público. Tais atividades, ainda que estejam cingidas por atos lícitos ou ilícitos, materiais ou jurídicos, comissivos ou omissivos, tornam o Poder Público responsável pelos prejuízos que causar.¹

A responsabilidade do Estado tem sua gênese na própria ética no emprego do poder. O agente público além de questionar se foram empregados meios adequados, proporcionais e corretos; precisa orientar-se por meios moralmente lícitos para lograr os objetivos da coletividade. Ou seja, a eficiência do serviço, que é alcançada pelo emprego do poder coletivo, carece de uma exigência moral na sua gênese. Portanto, o agente do poder deve ter consciência de sua capacidade de atuar

¹ BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. **Responsabilidade extracontratual do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 21.

eficientemente para o atendimento dos interesses coletivos em todas as questões que lhe caiba decidir, esta é a responsabilidade pelos resultados.²

Alguns princípios são norteadores do instituto da responsabilidade civil do Estado no ordenamento pátrio. A priori, o *princípio republicano* e o *Estado Democrático de Direito* no art. 1º, caput, da Constituição Federal de 1988,³ depreendem que o exercício do poder decorrente da Lei Fundamental exige que o Estado responda por seus atos, porquanto não lhe é permitido lesionar direitos alheios, bem como ignorar a ocorrência de ações lesivas e sua consequente necessidade de reparação.⁴

O *princípio da igualdade* também se torna de extrema importância na medida em que preconiza a repartição dos ônus e encargos públicos entre a sociedade, pois não se adequa ao ideal de *justiça* o fato de que alguns cidadãos suportem isoladamente os prejuízos causados pelo Estado quando este age em função do bem coletivo.⁵

Além disso, o *princípio da igualdade de todos perante a lei*, advindo do texto constitucional, possibilita que o cidadão exija reparação junto a outrem quando este lhe causar danos. Nesse viés, é perfeitamente aceitável que o Poder Público, ao ferir a esfera patrimonial de terceiros, arque com o prejuízo acarretado, justamente por estar sob o manto da *igualdade constitucional*. O status de Administração Pública não confere irresponsabilidade por seus atos. Portanto, caracteriza-se como antijurídico o comportamento do Estado sempre que exercitar seu poder, a fim de atender os anseios da comunidade, onerar desigualmente algum cidadão e não providenciar com maior brevidade possível o ressarcimento devido.⁶ Muito embora a dita igualdade esteja presente no instituto da responsabilidade estatal, importa mencionar que não se está a defender uma igualdade material entre Estado e particular, pelo contrário, a própria Constituição prevê ao Estado um regime diferenciado e mais severo quanto ao seu dever de reparar, quando comparado aos demais particulares.⁷

² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 196.

³ Art. 1º, caput, da Constituição Federal de 1988: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...).

⁴ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 197.

⁵ BITTENCOURT, *op. cit.*, p. 24.

⁶ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 198.

⁷ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 231.

As sujeições e prerrogativas da Administração Pública justificam-se pela busca do bem comum, no entanto, se o ente estatal extrapola o justo limite exigido pelo interesse público, tal ato implica em desvio de poder, nulidade do ato administrativo e na responsabilização do agente.⁸

A Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo que preserva a orientação pela responsabilidade direta e objetiva da Administração Pública, estende-a às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Certamente, a expressão *serviço público* deve alcançar as demais pessoas administrativas, mesmo que dotadas de personalidade jurídica de direito privado, pois podem integrar a administração indireta do Estado, tal como empresas públicas e sociedades de economia mista, ou ainda as concessionárias e permissionárias de serviços públicos.⁹

A doutrina administrativista majoritária alude que a interpretação do art. 37, §6º da CF, consigna a escolha do constituinte pela *responsabilidade objetiva*, ao menos ao que diz respeito aos atos comissivos. Quando se aborda atos omissivos, alguns doutrinadores, bem como parte da jurisprudência, demonstram outro pensamento, a saber, a responsabilidade subjetiva.¹⁰

Contudo, faz-se necessário relatar que a regra geral da responsabilidade objetiva presente na Lei Fundamental de 1988 não estava presente nas Constituições anteriores. Entre a Constituição de 1946 e a de 1988, pode-se dizer que havia uma dicotomia do sistema de responsabilização estatal. Cada Constituição, em sua época, preconizava a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público pertencentes à Administração Pública. Por outro lado, o Código Civil de 1916 dispunha que a responsabilidade seria subjetiva, ou seja, mediante a comprovação do dolo ou culpa. Por certo que a hierarquia das normas jurídicas determinava a prevalência da regra da responsabilidade objetiva. No entanto, uma questão era muito pertinente: quando se tratava das pessoas jurídicas de Direito Privado da Administração Pública indireta, qual sistema de responsabilidade usar? O silêncio da Constituição fez com que se aplicasse a seguinte premissa: ao se tratar de pessoa jurídica de Direito Público, utilizar-se-ia a responsabilidade objetiva; enquanto as pessoas de Direito

⁸ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 200.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. In: Juarez Freitas (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 145.

¹⁰ O tema da responsabilidade civil do Estado por omissão será tratado posteriormente neste capítulo.

Privado (ligadas à Administração Pública), responderiam de forma subjetiva, conforme a norma civil.¹¹

Grande avanço traz a Constituição promulgada em 1988, pois iguala o regime jurídico de responsabilidade extracontratual do Estado para ambas as personalidades jurídicas (privada e pública). Saliente-se, portanto, que o critério de responsabilização dos entes públicos não foi *orgânico*, mas *funcional*. Destarte, para a Lei Fundamental o que importa é o efetivo exercício da atividade e não a personalidade jurídica do ente.¹²

Há que se falar, também, sobre a polêmica quanto ao termo utilizado pelo constituinte no artigo que consagra a responsabilidade objetiva do Estado no ordenamento jurídico brasileiro. Ora, primou-se por utilizar a expressão *serviço público* no corpo do §6º do art. 37 da CF. Sendo assim, alguns doutrinadores optam pela corrente que apregoa que pessoas jurídicas de direito privado ou de direito público que explorem *atividade econômica*, não se enquadram no regime de responsabilidade extracontratual objetiva, todavia não parece a posição mais adequada.¹³

Romeu Felipe Bacellar Filho e parte da doutrina contrariam a tese mencionada para o fim de consignar que a responsabilidade objetiva engloba as pessoas jurídicas de Direito Privado que exploram determinada atividade econômica e que estejam diretamente ligadas à Administração Pública. O regime público de responsabilidade configura uma sujeição mínima e não pode ser simplesmente afastada. Enquanto sujeição mínima, a responsabilidade incorpora um sentimento coletivo em relação ao Poder Público.¹⁴ Além disso, a atividade econômica desenvolvida pelo Estado contém em seu bojo um interesse público, e tal atividade, por sua vez, desemboca numa função estatal na categoria de atividade administrativa.¹⁵

Cumprе esclarecer que existem princípios do regime público que não admitem afastamento, inclusive quando se trata de pessoas jurídicas de Direito Privado na exploração de atividade econômica vinculada ao Estado. Isso decorre das garantias

¹¹ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 223 et seq.

¹² GABARDO, Emerson; RAZUK, Nahima Peron Coelho. Responsabilidade civil do Estado por atos do Ministério Público. **A & C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, v. 09, n. 38, out./dez., 2009, p. 117.

¹³ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 226.

¹⁴ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 227.

¹⁵ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 229.

que esses princípios trazem aos cidadãos em face do Estado-Administração, bem como informam a própria condição do Estado Democrático de Direito.¹⁶

A *finalidade* da responsabilidade objetiva consiste na recomposição do *status quo ante* do cidadão lesado, da forma mais eficiente possível, numa tentativa de suprimir todos os danos (e efeitos) causados. Não se visa um *enriquecimento sem causa do particular*, pelo contrário, busca-se uma justa e equânime repartição dos ônus e encargos sociais.¹⁷ Quanto ao elemento caracterizador do *dano ressarcível*, este pode ser ato doloso ou culposos, ou ainda por falha da máquina administrativa. Não se descarta a possibilidade de enquadrar como elemento do dano as omissões ilícitas, diretas ou indiretas. O que se pretende é a reparação do dano causado em virtude da prevalência do interesse público que não pode ser alcançado sem o sacrifício do interesse privado. Por mais que o interesse seja legítimo, a lesão que dele resulta traz consigo a obrigação de reparar.

Ademais, a regra do regime constitucional brasileiro consigna que havendo a existência de um dano, decorrente da ação estatal, a priori, estaria caracterizado o dever de indenizar. Implica dizer, portanto, que independente da licitude ou ilicitude do ato, a obrigação indenizatória está configurada pois as características necessárias para identificar o dano indenizável consistem na existência de lesão a direito juridicamente protegido, a certeza do dano e a sua especialidade.¹⁸

A responsabilidade estatal por atos lícitos tem fundamento no princípio constitucional da supremacia do interesse público, o qual pode ser traduzido pela prevalência do interesse público sobre o privado, fruto dos princípios que resguardam um Estado Democrático de Direito, em prol da sociedade.¹⁹

Todavia, importante salientar uma aparente distinção, a fim de evitar equívocos teóricos e práticos: a *responsabilidade civil do Estado* não se confunde com o *sacrifício de direito individuais em nome da supremacia do interesse público*. Por certo, o Estado detém o poder de investir diretamente contra o direito de terceiros (legitimado pela ordem jurídica) sacrificando certos interesses privados, em decorrência da supremacia do interesse público. Contudo, existindo diminuição do

¹⁶ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 230.

¹⁷ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 233.

¹⁸ GABARDO, Emerson; RAZUK, Nahima Peron Coelho. **Responsabilidade civil do Estado por atos...** *Op. cit.*, p. 118.

¹⁹ FREITAS, Daniel Castanha de. A responsabilidade civil do Estado por atos lícitos como resposta à aplicação do princípio constitucional da supremacia do interesse público. **Revista Fórum Administrativa - FA**. Belo Horizonte, n. 144, fev., 2013, p. 7.

patrimônio do cidadão, ou dano, faz-se necessário tornar sem efeito tais prejuízos, por meio de uma *indenização*. Ou seja, há uma conversão do direito atingido em sua equivalente expressão patrimonial, como diz Celso Antônio Bandeira de Mello.²⁰

Quando o Estado age dentro de sua competência-dever de promover o bem social, agindo em virtude da supremacia do interesse coletivo, e causa prejuízo, é a própria base constitucional que o faz restabelecer o quadro fático anterior. A responsabilização estatal representa, nesse contexto, uma correção à desigualdade gerada inicialmente, na tentativa de restabelecer o estado anterior das coisas. Ora, se toda a coletividade se beneficia das obras públicas promovidas pela Administração, de igual modo os prejuízos devem ser repartidos entre todos, a fim de impedir que o empobrecimento de alguém, ocasione o enriquecimento de toda coletividade.²¹

Destaque-se que, conforme dito anteriormente, a Constituição Federal determina o regime da responsabilidade objetiva da Administração Pública. Contudo, há que se falar sobre o elemento subjetivo presente no corpo do texto do art. 37, §6º. Quando o constituinte consigna: “... assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”, em verdade está possibilitando a responsabilidade subjetiva do servidor causador do dano.²²

1.2. NEXO CAUSAL, EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade objetiva do Estado, imposta constitucionalmente, só será afastada em hipóteses onde o *nexo causal* entre o *comportamento comissivo* do estado e o *dano* não existir. Ou seja, o Estado só se exime de responder pelos danos quando o ente público não produziu a lesão, ou se a situação de risco que lhe é imputada inexistiu, e se a ação foi sem relevo decisivo para o evento danoso.²³

Neste contexto, cabe ressaltar que o estudo do nexo causal é de extrema importância tanto para a responsabilidade objetiva quanto para a responsabilidade subjetiva. O dano a ser reparado deve estar ligado a uma ação ou omissão estatal, tal ligação é realizada pelo nexo causal, de modo que dependendo do referencial teórico

²⁰ MELLO, *op. cit.*, p. 994.

²¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 271.

²² BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 234.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1040.

e das condições do caso concreto, é possível torná-lo mais elástico ou não e, até mesmo, excluí-lo. Ademais, mesmo que comprovada a presença inquestionável do nexo, é imperioso verificar se há a incidência de uma minoração do dano causado, ou uma excludente.²⁴

Preliminarmente, destaque-se a distinção e separação pertinente entre a ideia de *culpa* e o *nexo causal* na relação jurídica do instituto da responsabilidade. Não há vinculação entre os conceitos, pois às vezes é possível a existência de um nexo de causalidade entre uma ação estatal e um dano, contudo tal ação pode ter sua gênese num ato lícito, por exemplo, tal como o nivelamento de vias públicas que gera prejuízo a moradores que ficam com imóveis rebaixados em relação ao novo nível.²⁵

Em que pese a falta de preocupação com um estudo mais percuciente sobre o nexo causal, por parte da doutrina e jurisprudência, importa destacar três teorias referentes ao nexo causal que tentam explicar quando uma conduta pode ser considerada causa de um resultado: (I) *teoria da equivalência das condições*; (II) *teoria da causalidade adequada*; e (III) *teoria dos danos diretos e imediatos*.

A *teoria da equivalência das condições* ou da *conditio sine qua non*, formulada pelo processualista austríaco Julius Glaser e desenvolvida por Maximilian von Buri, adota um exercício de processo eliminatório, no qual havendo mentalmente a supressão do evento, o resultado decorrente (dano) deveria desaparecer; se isso não ocorre é porque existe relação causal entre eles.²⁶ Trata-se de uma teoria superada, em razão dos excessos dela provenientes, pois haveria uma cadeia de responsáveis pelos mais diversos danos possíveis.

Por outro lado, a *teoria da causalidade adequada* preceitua que somente é causa de um resultado a conduta que comumente leve à sua ocorrência. Ou seja, por meio de um juízo de probabilidade, chamado de *prognose póstuma objetiva*, observa-se depois da ocorrência do evento danoso se, do ponto de vista abstrato, a *causa* que deu ensejo ao dano é *comum* ou *incomum*. Quando incomum, desqualifica-se a dita causa, do contrário, haveria nexo causal.²⁷ As críticas a essa teoria, muito embora

²⁴ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. In: Juarez Freitas (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 270.

²⁵ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Responsabilidade civil**... *Op. cit.*, p. 271.

²⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado, nexo causal e imputação objetiva. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 367.

²⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Responsabilidade civil**... *Op. cit.*, p. 367.

seja frequentemente adotada pela jurisprudência, reside na dificuldade em saber se a causa, realmente, é ou não adequada; e a dependência de demasiado arbítrio do julgador no caso concreto.²⁸

Por fim, a *teoria dos danos diretos e imediatos*, mais precisamente na sua subteoria da *necessidade*, reputa que uma conduta só é reconhecida como causa de um efeito, se este decorrer diretamente dela, isto é, se nenhum evento posterior configurar novo vínculo de necessariedade com o efeito referido.²⁹ Logo, conforme o pensamento de Henry De Page, citado por Rodrigo Valgas dos Santos, pouco importa se o evento danoso é consequência direta ou não de determinada causa, implica saber, em verdade, se o dano será consequência necessária daquela.³⁰ Ainda que esta seja uma teoria muito utilizada pela jurisprudência brasileira, há que se criticar seu uso irrestrito, dado que ela restringe em muito a obrigação de indenizar, afinal, exige-se uma condição necessária e suficiente para resultar no dano, ao mesmo tempo que se configure como causa.³¹ Certamente este método não é de fácil investigação.

Vencida a tarefa de delinear o tema do nexo causal e algumas teorias pertinentes, faz-se necessário aprofundar as questões das *causas excludentes* e *atenuantes* da responsabilidade estatal.

A princípio, importante salientar o magistério de Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, no que tange à crítica da expressão *causas excludentes*. Considerando o rigor científico, esclarece o autor que a expressão *não incidência de responsabilidade* seria mais adequada para as hipóteses em que o Estado se exime de responsabilidade. Ora, o verbo *excluir* pode gerar a suposição que a causa de ressarcimento existiu em algum momento, mas por algum óbice posterior, não se reputa legítima a condenação. Todavia, como dito anteriormente, é o nexo causal o fator determinante para configuração da responsabilidade.³² Nas pressuposições que serão abordadas a seguir, em momento algum sequer houve o dever de indenizar, pois não se formou o nexo causal, elidindo a responsabilidade da Administração Pública.

²⁸ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Responsabilidade civil...** *Op. cit.*, p. 279.

²⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Responsabilidade civil...** *Op. cit.*, p. 368.

³⁰ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Responsabilidade civil...** *Op. cit.*, p. 280.

³¹ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Responsabilidade civil...** *Op. cit.*, p. 281.

³² GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. **Hipóteses de não incidência de responsabilidade...** *Op. cit.*, p. 314.

A despeito da crítica supramencionada, para efeitos didáticos e de metodologia, não se utilizará o rigor técnico da distinção entre *hipóteses de não incidência* e *causas excludentes*. Opta-se pelo resultado prático superveniente dessas situações, a saber, a não-responsabilização do Estado. Portanto, ao se deparar com as expressões aludidas, a priori, considerar-se-ão sinônimas neste trabalho.

As primeiras figuras a serem observadas referem-se às situações de *caso fortuito* e *força maior*.

Há bastante divergência doutrinária quanto à conceituação das situações acima aventadas. Alguns autores reputam o *caso fortuito* como um evento imprevisível decorrente da atividade humana e, em caso de falha administrativa, haveria a necessidade de responsabilização do Estado (exemplo: explosão dos fios da rede elétrica). Por outro lado, *força maior* caracterizar-se-ia pela imprevisibilidade da ação da natureza, inevitável ao Estado, daí porque não caberia responsabilidade (exemplos: tufão, terremoto, dilúvio).³³

Romeu Felipe Bacellar Filho ao tratar de *caso fortuito* destaca que é a *imprevisibilidade* do acontecimento a condição imprescindível para sua configuração, pois se pudesse ser previsto certamente seria evitado. No entanto, a *força maior* consiste na *irrestibilidade* do acontecimento. Continua o autor dizendo que “em muitos casos, embora previsível, afigura-se inevitável por sua força maior”. Assegurados os fatos imprevisíveis e inevitáveis, a priori, o Estado se exime de responsabilidade – *causas excludentes*. Contudo, detectada a hipótese de que na prevenção do evento danoso o Estado foi omissa, obriga-se a responder pelos danos, ainda que proporcionalmente.³⁴

De modo diverso, Maria Sylvia Zanella Di Pietro compreende que o *caso fortuito* não constitui causa excludente, ao argumento de que nestes casos o dano decorre de ato humano ou de falha da Administração, por exemplo, na ocasião em que um cabo elétrico se rompe, causando danos a outrem.³⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello corrobora o entendimento anterior, no sentido de que o *caso fortuito* é um acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida, mas não suprime o nexo causal entre o comportamento estatal e o dano produzido.³⁶ Ambos os autores, todavia,

³³ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 241.

³⁴ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 242.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 725.

³⁶ MELLO, *op. cit.*, p. 1041.

conclamam que a responsabilidade aqui é de caráter subjetivo, necessitando do elemento culpa para a caracterização do dever de indenizar. Em momento oportuno, essa temática será abordada e aprofundada.

A seu turno, a *força maior* de natureza irresistível demonstra importância na medida em que comprova a ausência do nexo causal entre a atuação estatal e o dano. Se não foi o Estado o causador do dano, não há que se falar em responsabilidade. Contudo, se o Poder Público quedar omissos, ou ainda, quando cria situação perigosa favorecendo a ocorrência do dano, o dever indenizatório permanece intacto.³⁷

Importante, neste momento, trazer à baila a questão do *fato exclusivo da vítima*, também conhecida como *culpa exclusiva da vítima* ou *conduta da vítima*. Trata-se de expressões utilizadas pela doutrina para examinar hipótese nas quais o dano sofrido tem origem em conduta exclusiva da vítima, não havendo interferência do Estado no resultado danoso. Se o nexo causal - que deveria ligar o ente público à situação fática - inexistir, não há que se falar em responsabilidade do Estado, devendo todo o prejuízo ser suportado por quem deu causa ao sinistro³⁸.

Cabe novamente mencionar o rigor técnico quanto à expressão utilizada pela doutrina, afinal, utilizar o termo *culpa* não parece o modo mais adequado de abordar a questão. Ora, nem sempre a vítima terá culpa ou dolo na relação causal do dano, de modo que a perquirição da culpabilidade não é decisiva para a configuração da excludente (ou hipótese de não-incidência). Por tais motivos, a utilização do termo “fato” ou “conduta” compreende aspecto mais amplo, não se limitando a ideia de culpa apenas.³⁹

Certamente existem situações nas quais a vítima não detém a exclusividade nos eventos que antecederam o dano. São casos de *fato concorrente da vítima* os que resultam de dupla causa, ou seja, de uma ação conjunta do Estado e do particular. Nesse cenário, não há que se falar em exclusão de responsabilidade, porquanto se ensejará, eventualmente, uma atenuação do *quantum* indenizatório, a ser decidido conforme a participação de cada sujeito na relação danosa.⁴⁰ Enfim, o Estado

³⁷ MELLO, *op. cit.*, p. 1041.

³⁸ BITTENCOURT, *op. cit.*, p. 104.

³⁹ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Responsabilidade civil...** *Op. cit.*, p. 285.

⁴⁰ GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. **Hipóteses de não incidência de responsabilidade...** *Op. cit.*, p. 328.

responde proporcionalmente aos danos que foram de sua ação, configurando-se, por conseguinte, uma *atenuante* da responsabilidade estatal.

Assemelha-se a essa situação o condutor que dirige veículo sem um dos faróis estar aceso no período noturno, e ao passar por um buraco profundo na rodovia sob concessão de pedágio, gera estragos mecânicos ao seu automóvel. Ora, há fato concorrente. O condutor não detinha um veículo com iluminação adequada com a legislação de trânsito, no entanto, a empresa prestadora de serviço público não manteve a rodovia em boas condições ou com sinalização devida. Cumpre esclarecer que haverá uma divisão do ônus entre Estado e particular, e o ente estatal responde objetivamente pela parcela que lhe corresponde.

De igual modo, o *fato exclusivo ou concorrente de terceiro* também merece menção. Nessa modalidade consta-se a existência de *pessoa diversa* da vítima e do aparente causador do dano, mas que efetivamente foi o responsável pela conduta danosa. Se houver fato exclusivo deste terceiro, rompe-se o nexo de causalidade, suprimindo-se a responsabilidade do Estado. Por outro lado, se o terceiro apenas participa da relação causal, de modo que tanto vítima, quanto Estado, tenham concorrido para o dano, haverá divisão proporcional do dever reparatório.⁴¹

Não obstante o exposto acima, por mais que haja a presença de um terceiro elemento como responsável pelo dano, deve-se observar se é possível aplicar a responsabilidade por omissão estatal. Vê-se que o Estado em algumas situações possui determinado dever legal, a fim de impedir a concretização de danos, de modo que sua omissão pode ser a real causa do prejuízo ao particular. Destarte, o nexo de causalidade não é desfeito, permanecendo o dever de reparar.⁴²

Uma última hipótese de atenuante ou excludente da responsabilidade estatal refere-se ao *estado de necessidade*. Este consiste na prática consciente de um ato que acarreta danos a bens ou pessoas, contudo, mostra-se necessário para refrear outro dano que se apresente atual e iminente a outro bem jurídico, sem que se possa agir de modo diverso. Deve-se consignar que a doutrina não é pacífica quanto à natureza jurídica-administrativa da figura do estado de necessidade. Há quem preconize a não-incidência da responsabilidade, sob o fundamento de que o interesse

⁴¹ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Responsabilidade civil...** *Op. cit.*, p. 286.

⁴² GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. **Hipóteses de não incidência de responsabilidade...** *Op. cit.*, p. 329.

público, em determinada conduta, predomina sobre o interesse individual.⁴³ Em contrapartida, parcela da doutrina defende que o estado de necessidade apenas elimina a *ilicitude* do ato danoso, não excluindo o dever de reparação na esfera cível. A última posição apresenta-se como mais adequada, pois ainda que os atos estatais sejam legítimos (e legais), havendo dano, não se exime de responsabilidade. Frise-se que não indenizar o particular que sofreu o dano, importaria em deixá-lo numa situação de desigualdade em relação aos demais, acarretando um ônus individualizado não suportado por toda coletividade.⁴⁴

1.3. A RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO

O art. 37, §6º da Constituição Cidadã, corolário da responsabilidade estatal no ornamento brasileiro, positiva, em sua parte final, o *direito de regresso* contra o *agente público*, responsável pelo dano nos casos de dolo ou culpa.

Importante destacar que o termo *agente público*, para fins da disciplina aqui tratada, pode ser considerado sinônimo de *funcionário público*, expressão utilizada de forma genérica, de modo que, nos casos de responsabilidade extracontratual, abrange pessoas que estão diretamente ligadas a realização de atos de incumbência do Poder Público. Ou seja, àquele que de forma temporária esteve atribuído numa função pública, caberá a designação de *funcionário público* no que tange à responsabilização e possíveis ações reparatórias.⁴⁵

O direito de regresso compreende previsão constitucional direta, cuja titularidade pertence à pessoa jurídica revestida da função administrativa pública, no sentido de determinar frente aos agentes públicos responsáveis a recomposição dos prejuízos imputados ao patrimônio do ente público, de quem se reconheceu judicialmente a responsabilidade extracontratual junto ao particular lesado.⁴⁶ O legislador, contudo, condicionou o direito de regresso à prova do dolo ou culpa do agente público, ensejando uma relação jurídica de responsabilidade de caráter subjetivo. Destarte, se a Administração foi condenada a ressarcir a vítima e,

⁴³ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 716.

⁴⁴ BITTENCOURT, *op. cit.*, p. 105 et seq.

⁴⁵ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 236.

⁴⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O direito de regresso do Estado decorrente do reconhecimento de responsabilidade extracontratual no exercício da função administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 1123.

eventualmente, ficar demonstrado o dolo ou a culpa do agente público, o direito de regresso será devido.⁴⁷

Pois bem, conceituado o direito de regresso, é imprescindível abordagem da *ação regressiva* e suas peculiaridades. Ora, a legislação infraconstitucional fornece alguns ditames legais para a regulação da figura processual da ação regressiva. No âmbito federal, a Lei nº 4.619/1965 disciplina, por exemplo, que: (a) trata-se de um dever (e não uma liberalidade) da Administração promover o restabelecimento financeiro dos cofres públicos desfalcados pela indenização ao particular, justamente por se tratar de uma matéria de interesse público, cuja indisponibilidade não é possível (art. 3º); (b) a ação poderá ser ajuizada mesmo após a cessação do exercício do cargo/função pública, seja por disponibilidade, aposentadoria, exoneração ou demissão, incluindo a possibilidade de se estender aos herdeiros ou sucessores do servidor (art. 5º); e (c) chance de desconto em folha de pagamento (art. 6º). A seu turno, a Lei nº 8.112/1990, também de âmbito federal, no art. 122, §§2º e 3º, disciplina o dever estatal em promover a ação de regresso, bem como que a obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e herdeiros, até o limite da herança. Por fim, o art. 37, §5º c/c art. 5º, XLV, da Constituição Federal de 1988, positivará norma que, segundo parte da doutrina, estabelece a imprescritibilidade dessa ação,⁴⁸ cuja interpretação crítica será realizada adiante.

Realizado o delineamento do panorama legal sobre o tema em tela, importa problematizar a questão da ação regressiva, trazendo aspectos doutrinários a fim de enriquecer o presente estudo.

Destaque-se, inicialmente, superveniência de um *duplo regime de responsabilidade*. Num primeiro momento o particular lesado postula uma ação face ao Estado, que conforme a norma constitucional, responde objetivamente pelo dano a fim de reparar qualquer que tenha sido a lesão. Uma vez que a vítima/particular é ressarcida, cabe ao Estado, desde que se comprove culpa ou dolo de um agente, pleitear ressarcimento em uma ação regressiva, aplicando-se, portanto, a responsabilidade subjetiva.⁴⁹

⁴⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 421.

⁴⁸ Art. 37, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

⁴⁹ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 235.

Parcela da doutrina, aqui representada por Romeu Bacellar Filho, entende que ao particular cabe buscar sua reparação apenas junto ao Estado, este respondendo objetivamente, não sendo possível nenhuma forma de litisconsórcio e solidariedade por parte do agente causador do dano.⁵⁰ Após a primeira etapa, o Estado tem a legitimidade de recuperar o prejuízo financeiro acionando seu agente, desde que comprovado o elemento subjetivo. Portanto, a Constituição no art. 37, §6º, determina uma ordem processual: I) ação do particular contra o Estado; e II) ação regressiva do Estado em face do agente.⁵¹

Outro elemento de discussão dentro da ação regressiva, diz respeito à possibilidade ou não da *denúnciação da lide*. Esta consiste em modalidade de “intervenção de terceiro” na qual se pretende incluir no processo uma nova ação, subsidiária àquela originariamente instaurada, a ser analisada caso o denunciante venha a sucumbir na ação principal. Tal figura é fundada no direito de regresso, por meio do qual aquele que vier a sofrer prejuízo pode, posteriormente, recuperá-lo de terceiro, considerando que por algum motivo é seu garante.⁵²

A questão cinge-se de polêmica, pois a doutrina não é uníssona quanto a obrigatoriedade ou não de o agente público, envolvido no evento danoso, participar da ação em que o Estado está sendo demandado. A priori são três entendimentos acolhidos e utilizados pela jurisprudência e doutrina: (I) *obrigatória*, sob pena de perda do direito de regresso; (II) *facultativa*, resguardado o direito de regresso; e (III) *vedada*, devendo o direito de regresso ser exercido em outra ação.

Quanto à primeira tese, Odete Medauar, em síntese, reputa que o art. 70, III, do Código de Processo Civil de 1973⁵³ alcança todos os casos de ação regressiva, e por economia processual e para evitar decisões conflitantes, a responsabilidade do agente pode ser apurada nos autos da ação de reparação de dano. Por fim, entende

⁵⁰ Contrário a essa posição encontra-se Celso Antônio Bandeira de Mello que admite o ajuizamento da ação em face do Estado, bem como do agente causador do dano, concomitantemente. Cf. MELLO, *op. cit.*, p.1002.

⁵¹ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 235.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 102.

⁵³ Art. 70, caput, do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973): *A denúnciação da lide é obrigatória*. Importante destacar no *códex* processual vigente a expressão “obrigatória”, não persiste, senão vejamos: Art. 125, caput, do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015): *É admissível a denúnciação da lide, promovida por qualquer das partes*.

a jurista que recusar a denúncia à lide do agente cerceia um direito da Administração.⁵⁴

A segunda tese, quanto à facultatividade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro citando Yussef Sahid Cahali consigna que se o autor da ação reparatória alegar subsidiariamente no seu pedido a culpa do funcionário, ainda que a responsabilidade seja objetiva, essa alegação permitirá à Fazenda Pública a denúncia da lide ao agente causador do dano.⁵⁵

Enfim, a terceira corrente, defendida por Gustavo Tepedino, é contrária a denúncia da lide, ao argumento de que a diferença de fundamento entre as ações (objetiva da Administração e subjetiva do agente) impede a cumulação. Reputa, também, que a denúncia desvirtuaria o objetivo de facilitar a tutela jurisdicional da vítima por meio da responsabilidade constitucional e, por fim, que a defesa da Administração Pública teria que, praticamente, assumir a culpa do agente reconhecendo o pedido para efetivar a denúncia.⁵⁶

Ao fim e ao cabo, o último posicionamento parece mais adequado à garantia de satisfação da vítima do dano estatal. Ora, o constituinte escolheu a responsabilidade objetiva do Estado como regra geral para ações de reparação de dano, ressalvado o direito de regresso contra o agente responsável. Dessa forma, trazer à baila a discussão sobre culpa ou dolo do agente público na ação principal amplia o debate da lide acrescentando tempo para a solução do conflito, tornando a prestação jurisdicional menos efetiva para o jurisdicionado. No entanto, como pretendeu-se demonstrar, a jurisprudência e a doutrina não são uníssonas, gerando certa incerteza sobre o tema.

Outra questão debatida nos livros e cortes espalhadas pelo país concerne à possibilidade de *a parte lesada ingressar com o pedido de reparação diretamente contra o agente público*, excluindo do polo passivo a figura estatal. Não parece viável tal atitude, pois a relação obrigacional de tutela de reparação de danos se dá, tanto no plano material quanto no plano jurídico, entre particular e Estado. O agente público, conferido da função administrativa, está na qualidade Administração Pública, de modo que o art. 37, §6º imputa responsabilidade ao Estado num primeiro momento, e não

⁵⁴ MEDAUAR, *op. cit.*, p. 422.

⁵⁵ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 738.

⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 194 et seq.

ao agente. Assim, a responsabilidade civil do agente público somente se caracteriza na relação Estado-agente em ação regressiva, e não entre o agente e particular/credor, cuja relação jurídica de direito material se desenvolve com o ente público.⁵⁷

Só há possibilidade de requerer o prejuízo junto ao agente público quando houver um prévio processo de conhecimento a fim de se descobrir o dolo ou culpa (*conditio sine qua non*). Portanto, o devido processo legal deve ser respeitado antes de qualquer cobrança, sob pena de ilegalidade do ato.⁵⁸

Outro tema, ainda tangente à ação de regresso é a problemática da *imprescritibilidade*. Parte substancial da doutrina, faz uma leitura adstrita ao teor da lei (por exemplo, o art. 37, §5º da CF), reputando que em face do caráter patrimonial da reparação, ela se encontra eivada pela imprescritibilidade, bem como o direito de indenização do Estado se estende aos herdeiros e sucessores.

Há uma doutrina minoritária que defende o princípio da prescritibilidade, com fundamento nuclear no princípio da segurança jurídica. No entanto, Emerson Gabardo ampliando o debate sobre a teoria em questão, reputa que a *ampla defesa*, direito fundamental presente na Constituição Federal, constitui-se também como cerne da sustentação de um modelo de interpretação divergente sobre prescritibilidade. Salienta o autor que a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário não está expressa na Constituição, contudo o termo “ressalvadas” presente no art. 37, §5º, causa certa dúvida quanto ao seu significado. A melhor leitura desse dispositivo, considerando o Estado social e democrático de Direito, é no sentido de que essa *ressalva* compreende a distinção que o legislador pátrio pretendeu fazer a fim de não se alocar o prazo decadencial na mesma lei que disciplina o prazo para os atos ilícitos.⁵⁹

Cumprе destacar que as normas constitucionais carecem de uma interpretação, com base na análise do sistema como um todo, observado o relacionamento entre princípios e direitos fundamentais. Se por um lado há o interesse público no ressarcimento ao erário, certo é que o direito de defesa de qualquer imputação, amparado no devido processo legal, necessita igual proteção. Portanto,

⁵⁷ LEAL, Luciana de Oliveira. **Tutela específica em face do Estado**: aspectos constitucionais, administrativos e processuais. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 215.

⁵⁸ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 239.

⁵⁹ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 313.

não é plausível que o indivíduo não tenha prazo estabelecido para saber quando o Estado pode vir até sua porta em busca de informações sobre período em que esteve na condição de agente público.⁶⁰

Em suma, defender a prescritibilidade das ações de ressarcimento, diferente do que se possa pensar não é forma de enaltecer a impunidade, afinal, o que se defende é que em *determinado prazo*, as instituições responsáveis persigam o devedor e adentrem à sua esfera patrimonial, se necessário. O que não é aceitável é que os sujeitos, seus filhos, seus netos fiquem eternamente à mercê de investidas administrativas, como aponta Gabardo, pois a ampla defesa é incompatível com a eternidade.⁶¹

Imperioso destacar que em 03 de fevereiro de 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento no Recurso Extraordinário nº 669.069 decidiu que as ações de ressarcimento ao erário oriundas de atos ilícitos civis são prescritíveis.⁶²

Quanto às *faltas pessoais* referentes à vida privada do agente público, cabe ressaltar que estas não ensejam o direito de regresso. A legislação constitucional expressamente positiva que a responsabilização só é devida quando decorrente de falta atribuível ao exercício da função pública. O art. 37, §6º da CF, legitima a reparação somente no caso de agentes, *nessa qualidade*, ou seja, desde que os atos praticados tenham sido cometidos no exercício da função pública. A falta pessoal, desde que totalmente desvinculada da atividade estatal, é regida pelo Direito Privado, não tendo qualquer relação com o Direito Administrativo.⁶³

Sobre o rito processual, conforme se depreende da parte final do art. 37, §6º da CF, é ordinário e está sujeito ao Código de Processo Civil, de modo que participe da ação apenas a pessoa jurídica de Direito Público e o agente público, cuja culpa ou dolo foram responsáveis pelos danos ao particular anteriormente lesado.⁶⁴

⁶⁰ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade...** *Op. cit.*, p. 314.

⁶¹ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade...** *Op. cit.*, p. 314.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 669.069. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 03.02.2016. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 28 abr. 2016.

⁶³ HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). **Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1137.

⁶⁴ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 241.

1.4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

O dever de reparação do ente estatal guarda relação com uma formulação teórica diversa da responsabilidade na ceara do Direito Civil. Conforme preconiza Daniel Hachem, desde que se reconheceu a necessidade de estabelecer regras para a regulação do dever do Poder Público no ressarcimento dos prejuízos causados no exercício da atividade pública, o combate ao mau funcionamento do Estado assume um papel fundamental.⁶⁵

O Estado, conforme visto anteriormente, pode praticar atos comissivos e omissivos. A omissão resta caracterizada quando há o dever jurídico de agir expressamente delimitado na norma jurídica, o que permite chegar ao entendimento de que não é possível admitir um ato estatal *omissivo lícito*, mas somente revestido de *ilicitude*.⁶⁶

Desde a Constituição Federal de 1946, que instituiu a responsabilidade objetiva do Estado assentada na *teoria do risco da atividade*, não se encontra mais em vigor o dispositivo do Código Civil de 1916 que previa a responsabilidade subjetiva do Estado. Levando-se em conta que não houve a recepção da norma civilista pela Constituição, torna-se inadmissível a consideração da *culpa* (responsabilidade subjetiva) para afirmar-se o dever de indenizar, tanto para ações quanto para as omissões estatais.⁶⁷

Importante trazer a doutrina de Daniel Hachem, em estudo especializado sobre o tema da responsabilidade por omissão, quanto à teoria da *faute du service* no sentido de criticar a interpretação equivocada que a doutrina brasileira faz da teoria, a fim de empregá-la na resolução de conflitos patrimoniais junto ao Estado. Num primeiro momento, cumpre a distinção entre *faute personnnelle* e a *faute du service*. A primeira está relacionada com a falta pessoal do agente público, causador do evento danoso, desde que desvinculado do serviço público. O autor, citando Jacqueline Morand-Deville, demonstra três situações em que a *faute personnnelle* é adequada e pertinente: (I) a *falta praticada fora do serviço e desprovida de qualquer nexo com ele*: nessa hipótese a falta seria no âmbito da vida privada do agente, ensejando sua total

⁶⁵ HACHEM, *op. cit.*, p. 1133.

⁶⁶ GABARDO, Emerson; RAZUK, Nahima Peron Coelho. **Responsabilidade civil do Estado por atos...** *Op. cit.*, p. 118.

⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e Legislação Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 497.

responsabilização; (I) *falta cometida fora do serviço, mas ligada de alguma forma ao serviço*, preconizando uma acumulação de responsabilidades; e (III) *falta cometida no exercício do serviço, mas passível de separação*, como em casos de brutalidade e violência no intuito de lesionar de forma deliberada. Resta claro que em tais situações não se trata do descumprimento do dever de eficiência do ente estatal, mas de manifestações exclusivas do agente.⁶⁸

Exaurido o conteúdo da *faute personnelle*, passa-se a examinar a *faute du service*, propriamente dita. Uma formulação clássica da teoria em tela remonta a Paul Duez, para o qual a *faute du service* tem incidência sempre que o serviço funcionar mal, não funcionar ou funcionar atrasado.⁶⁹

Utilizando o doutrinador francês Georges Teissier, Daniel Wunder Hachem, consigna que a *faute du service* diz respeito, também, a casos em que é impossível ou inútil identificar o autor do prejuízo causado, pois a má organização do serviço ou o funcionamento defeituoso é que foram responsáveis pelo dano, sem qualquer falta ou culpa de um agente público. Ou seja, a partir do momento que não se exige a ocorrência de uma falta pessoal, a noção de culpa torna-se secundária, predominando, por outro lado, a noção de “dano por funcionamento do serviço público”.⁷⁰

A análise acima é imprescindível para que se possa refletir sobre o atual panorama da responsabilidade por omissão no ordenamento brasileiro. Inicialmente, cumpre destacar que durante muito tempo a doutrina que prevalecia, e até hoje é sustentada por vários expoentes do Direito Administrativo, utilizava a teoria da responsabilização subjetiva nas ações de reparação contra o Estado em casos de omissão, primando pela caracterização do elemento *culpa*.

Ora, faz-se necessário realizar uma síntese da doutrina abalizada sobre o tema, elencando, portanto, os doutrinadores defensores da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão estatal.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a reparação por omissões estatais não se enquadra na modalidade objetiva, porquanto é necessário para a configuração do dever ressarcitório o elemento tipificador da responsabilidade subjetiva, a saber a culpa. Esclarece o autor que a identificação da culpa individual não é critério

⁶⁸ MORAND-DEVILLER, Jacqueline *apud* HACHEM, *op. cit.*, p. 1136

⁶⁹ DUEZ, Paul *apud* HACHEM, *op. cit.*, p. 1138.

⁷⁰ TEISSIER, Georges *apud* HACHEM, *op. cit.*, p. 1138.

necessário para a deflagração, bastando a culpa ou “falta do serviço” quando o serviço público não funciona, funciona mal ou funciona atrasado (*teoria da faute du service*). Tais elementos bastariam à configuração da responsabilização estatal. Contudo, se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência (elementos contrários à ideia de culpa), isentar-se-ia da obrigação de indenizar, confrontando os pressupostos da responsabilidade objetiva, em que a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito produzido por ele, já seriam suficientes para o estabelecimento do dever de indenizar.⁷¹

Maria Sylvia de Zanella Di Pietro, por sua vez, leciona que distinção entre a teoria objetiva e a subjetiva no caso da responsabilidade por omissão é pequena, de modo que a discussão não se cinge de demasiada importância, pois ambas gerarão ao ente público o dever de indenizar. Todavia, a doutrinadora administrativista acompanha o entendimento da aplicação da teoria subjetiva, ao argumento de que na configuração da responsabilidade por omissão tem que haver o *dever de agir* por parte do Estado e a *possibilidade* de agir com o fim de impedir o dano. Deve-se tratar de uma conduta que seja *exigível* e *possível* da Administração Pública, o que enseja a observação do caso concreto. Assim, teria aplicabilidade o *princípio da reserva do possível*, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade no sentido de identificar o que é razoável de se exigir do Estado para impedir o dano. Assim, a culpa está embutida na ideia de omissão. Só há omissão, se houver *culpa* e, por consequência, a responsabilidade subjetiva.⁷²

Em posição diversa, Marçal Justen Filho consigna em sua obra que o Estado, legalmente investido de suas competências, tem o dever objetivo de adotar as providências necessárias e adequadas no intuito de evitar danos aos particulares. A infração desse *dever especial de diligência*, permite a responsabilização estatal quando houver atuação de modo displicente, descuidado, inábil, configurando, desse modo, uma conduta ilícita.⁷³ A omissão desse dever consiste na materialização de vontade defeituosamente desenvolvida, importando, assim, na continuidade de um elemento subjetivo na responsabilidade estatal, resultando na formulação defeituosa da vontade de agir ou deixar de agir.⁷⁴

⁷¹ MELLO, *op. cit.*, p. 1004.

⁷² DI PIETRO, *op. cit.*, p. 727.

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1338.

⁷⁴ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 1335.

Importante ressaltar que o autor classifica os atos ilícitos omissivos em dois grupos: (I) *ilícito omissivo próprio* que compreende a infração direta ao dever jurídico; e (II) *ilícito omissivo impróprio*, nos casos em que a norma proscree certo resultado danoso e, por ausência da adoção das cautelas necessárias, há concretização do dano. De maneira mais didática, são situações nas quais não há correspondência com um prévio dever legal, mas a omissão é determinante para a consumação do dano. Não há relação lógica entre a omissão e o dano, mas diante da infração do dever diligência haveria responsabilidade.⁷⁵ Ademais, se o *dever especial de diligência* for atendido, não há que se falar em responsabilização do Estado, corroborando com a teoria subjetiva.⁷⁶

Pois bem, não se pretendeu citar todos os doutrinadores administrativistas que compactuam com a tese acima, no entanto, com base nas lições anteriores já é possível partir para o *outro lado do rio*, numa tentativa de encontrar um contraponto.

Inicia-se a abordagem diversa com o magistério do professor civilista Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho que, em estudo específico sobre a responsabilidade civil do Estado, preconiza que desde as Constituições promulgadas anteriormente no ordenamento brasileiro (1946, 1967, 1969 e 1988) o legislador optou por eliminar a teoria subjetiva da responsabilidade estatal, simplificando demasiadamente a lide a ser enfrentada pela vítima, já que não é necessário demonstrar a ocorrência de culpa. O elemento culpa só é imprescindível contra o agente causador do dano, em ação regressiva. Esclarece o autor que a não obrigatoriedade da comprovação do elemento subjetivo, privilegia a posição da vítima considerando que para êxito em sua demanda só se exige a constatação do dano, bem como do nexo de causalidade. Logo, a tutela objetiva constitui uma celeridade maior ao processo, diante da ausência do ônus probatório da culpa e, por sua vez, uma probabilidade maior de procedência do pedido ressarcitório.⁷⁷ Ademais, corrobora o pensamento aludido o fato de o Código Civil de 2002 em seu art. 43,⁷⁸ dar tratamento semelhante à regra da Lei Fundamental. Ou seja, a própria lei infraconstitucional, em consonância com a Constituição, reconhece a teoria objetiva da responsabilidade contra o Estado, não dando espaço

⁷⁵ BITTENCOURT, *op. cit.*, p. 132.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 1342.

⁷⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de Responsabilidade Civil do Estado. In: Juarez Freitas (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 54.

⁷⁸ Art. 43 do Código Civil Brasileiro de 2002: As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

para uma interpretação subjetivista em termo de reparação. Por fim, em última análise, o autor informa que ao defender a responsabilidade objetiva ante às omissões do Estado, não se busca caracterizá-lo como *segurador universal* de toda coletividade. A própria *teoria do risco administrativo* utilizada como fundamento para a responsabilidade objetiva, preconiza as chamadas *excludentes* e *atenuantes* do dever de reparar pertencente ao Estado.⁷⁹ Dessa forma, estando presentes situações de *culpa exclusiva da vítima*, *culpa de terceiro*, *força maior* ou *caso fortuito*, o Estado exime-se de indenizar o particular, não persistindo a ideia equivocada de *panresponsabilização*⁸⁰ do Poder Público.

Há que se falar, ainda, do posicionamento de Emerson Gabardo quanto à reponsabilidade por omissão. Ressalta o autor que a omissão passível de reparação é aquela que ocorre na existência do dever jurídico de agir expressamente delimitado na norma jurídica. Eis, enfim, a constatação de que não é possível admitir um ato estatal omissivo *lícito*, afinal, o agente público só se submete ao dever jurídico e se o descumpre, age *contra legem*, acarretando um ato (omissivo ou comissivo) ilícito. Ou seja, se não há dever legal de agir, não há omissão e não há responsabilidade.⁸¹

Quanto ao elemento subjetivo da omissão o autor reputa que se verifica um equívoco interpretativo no tocante à *comprovação do nexa causal* e a *comprovação de culpa*. Existem situações que a certificação do nexa causal, revela a culpa. Todavia, não se trata do foco da responsabilidade essa descoberta, pelo contrário, isso dimensiona um *plus* somente, tornando-se indiferente para a configuração do dever reparatório. Acertada é a conclusão de Gabardo quando assevera que “encontrar a culpa implica necessariamente pressupor a omissão, mas encontrar a omissão não implica, necessariamente, a denotação de culpa”.⁸² Alguns cenários ilustram de forma eficiente o preceito acima, por exemplo, nos momentos há previsão expressa na Constituição quanto ao prazo específico para nomeação de candidato aprovado e classifica em concurso público. Não havendo nomeação no prazo legal, está configurada a omissão, o ilícito, o dano e, por consequência lógica, o dever de

⁷⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Problemas de Responsabilidade Civil...** *Op. cit.*, p. 55.

⁸⁰ Expressão utilizada por Gustavo Tepedino Cf. TEPEDINO, *op. cit.*, p. 191.

⁸¹ GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. **Direito público moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 268.

⁸² GABARDO, Emerson. **Responsabilidade objetiva do Estado em face...** *Op. cit.*, p. 282.

reparação. Verifique-se que independentemente da culpa ou dos motivos do administrador, opera-se o direito à indenização.⁸³ Destaque-se que essa tese é exatamente a que será advogada no presente estudo.

Observando o acima exposto, fica evidente que o conteúdo da omissão não se confunde com os elementos clássicos configuradores da culpa (negligência, imperícia e imprudência). Assim sendo, prescrever a responsabilidade subjetiva nos casos de omissão estatal, notadamente em desfavor a regra do art. 37, §6º da Constituição, define um contrassenso hermenêutico.

Além dos juristas já mencionados, os quais designadamente nadam contra a corrente majoritária descrita anteriormente, importante destacar a contribuição cabal de Daniel Hachem para o exercício didático aqui proposto. Elenca-se quatro motivos que fundamentam a *não utilização* da teoria da *faute du service* nos casos de responsabilidade subjetiva ante à omissão estatal: (I) *a teoria da faute du service não remonta, necessariamente, à responsabilidade subjetiva*; (II) *o critério de distinção da responsabilidade por faute (por falta) da responsabilidade sans faute (sem falta) no direito francês não é a natureza omissiva da conduta*; (III) *na França admite-se a hipótese de responsabilidade objetiva por omissão*; e (IV) *os contornos da responsabilidade estatal dependem do regime jurídico administrativo de cada ornamento*, no caso brasileiro a Constituição Federal impôs o sistema de responsabilidade objetiva.⁸⁴

Em primeiro lugar, faz-se necessário explanar o significado de *faute* para o Direito francês. Ora, a doutrina francesa, representada pela formulação civilista de Marcel Planiol, confere à palavra *faute*, a noção de um descumprimento de uma obrigação preexistente. Só se incorre numa falta (ou *faute*) quando há desvio de comportamento, ou seja, a norma preconiza uma ação ou omissão, contudo, não se atende o comando legal. Perceba-se, enfim, que a doutrina francesa não relaciona *faute* à noção tradicional de culpa (negligência, imperícia e imprudência).⁸⁵

Outrossim, a doutrina francesa não confere nenhum elemento subjetivo, como intenção ou culpa, à ideia de *faute du service*, pelo contrário, pode-se dizer que a tradução para o português do termo *faute*, estaria mais consoante à uma “falta”, mas não no sentido de “ausência”, e sim na concepção de “infração”. Portanto, a percepção

⁸³ GABARDO, Emerson. **Responsabilidade objetiva do Estado em face...** *Op. cit.*, p. 284.

⁸⁴ HACHEM, *op. cit.*, p. 1139.

⁸⁵ PLANIOL, Marcel *apud* HACHEM, *op. cit.*, p. 1139.

da *faute du service* enquanto “falta cometida no exercício do serviço”, desvinculada da ideia de culpa, é bem mais adequada para a compreensão do seu sentido originário.⁸⁶ Ademais, Hachem ainda cita Miguel S. Marienhoff a fim de demonstrar que a abstenção sancionável, motivadora da responsabilidade, é aquela que deriva do descumprimento de determinado dever jurídico pelo Estado, de modo que se abstrai da ideia de culpa, configurando-se uma responsabilidade de natureza objetiva.⁸⁷

Por fim, ressalte-se que a *faute du service* diz respeito à falha do serviço prestado pela Administração Pública, ou seja, uma pessoa jurídica. Não há que se falar em “culpa da Administração” ou “culpa do serviço”, eis que é impossível dotar a pessoa jurídica de faculdades subjetivas, a saber dolo ou culpa.⁸⁸ Por outro lado, às pessoas físicas tal capacidade é inata e eventualmente pode ser vista no cotidiano do serviço público. Frise-se que, conforme visto anteriormente, à luz da *faute du service*, não se faz necessária a perquirição do agente responsável pelo dano. Basta que o serviço não funcione, funcione mal ou funcione tardiamente e, em tese, o dever de reparar estaria configurado. Ora, a culpa ou dolo do funcionário não importa à vítima, somente para o próprio Estado que a seu tempo pretenderá a restituição ao erário, por meio de ação regressiva.

Num segundo momento, imperioso destacar que o uso da *faute du service* torna-se equivocado quando invocado no Direito brasileiro para tratar da responsabilidade por omissão, pois em sua origem francesa, tal teoria não é utilizada para distinguir a responsabilidade por falta (*pour faute*) ou sem falta (*sans faute*). Em verdade o objeto da teoria pretende “identificar as hipóteses em que a Administração deve ser compelida a indenizar o cidadão, sozinha (se não houver falta pessoal, que seja possível separar da própria atividade administrativa), ou em solidariedade com o agente (nos casos de cumulação entre *faute du service* e *faute personnelle*)”.⁸⁹

É de se notar, também, que no Direito francês no que tange à responsabilidade estatal, não existe o binômio responsabilidade objetiva *versus* responsabilidade subjetiva. Utiliza-se como critério de distinção a *natureza da*

⁸⁶ HACHEM, *op. cit.*, p. 1140.

⁸⁷ MARIENHOFF, Miguel S. HACHEM, *op. cit.*, p. 1141.

⁸⁸ HACHEM, *op. cit.*, p. 1143.

⁸⁹ HACHEM, *op. cit.*, p. 1143.

atividade e, assim, a *falta do serviço público* assume posição central, porquanto enseja a responsabilidade objetiva, abarcando condutas omissivas e comissivas.⁹⁰

Dito isso, o terceiro argumento que corrobora para exclusão do elemento culpa da teoria da *faute du service*, é que tanto a doutrina quanto a jurisprudência francesa reconhecem a existência de hipóteses de responsabilidade objetiva do Estado em casos de omissão.⁹¹

Por último, o quarto motivo que permite justificar a não incidência da *faute du service* em casos de responsabilidade por omissão, concerne ao fato de que cada ordenamento se subordina a princípios e institutos próprios (como o da responsabilidade extracontratual do Estado). Destarte, só é possível a recepção das teorias francesas que tratam da responsabilidade estatal, caso exista compatibilidade com o regime jurídico administrativo brasileiro.⁹²

Conforme demonstrado nesse estudo, não soa adequado aplicar a teoria *faute du service* aos casos de omissão estatal, porquanto a teoria não se encaixa efetivamente nos moldes do ordenamento brasileiro. Deve-se destacar que o Direito francês dispõe de outra teoria que parece relacionar-se melhor com as regras do direito pátrio. Para tanto, a fim de se reconhecer tratamento objetivo às omissões estatais brasileiras, pode-se traçar o perfil da responsabilidade objetiva (*sans faute*) no ordenamento francês. Trata-se da utilização das seguintes teorias: (I) *teoria do risco*, cuja aplicação diz respeito às situações em que o Poder Público desenvolve, em nome do interesse coletivo, atividades de risco excepcional; e (II) *teoria da igualdade dos cidadãos diante dos encargos públicos*, por meio da qual apregoa-se que se uma atividade administrativa é utilizada para beneficiar a toda coletividade, e esta eventualmente ensejar danos a determinados indivíduos, o equilíbrio é rompido e o princípio da isonomia não se consuma, resultando, portanto, no dever de reparação, a fim de restabelecê-lo. Ora, na responsabilidade por omissão, no direito

⁹⁰ HACHEM, *op. cit.*, p. 1144.

⁹¹ Daniel Wunder Hachem narra em seu estudo que “na jurisprudência do Conselho de Estado, reclama referência o caso *Couitéas* (*Conseil d'Etat*, 30 de novembro de 1923). O senhor Couitéas havia comprado um terreno na Tunísia sobre o qual estavam instaladas tribos indígenas, e para lograr imitir-se na posse conseguiu uma decisão judicial determinando a expulsão das famílias. Na oportunidade, a Administração utilizou a sua prerrogativa de negar auxílio policial à execução de uma decisão judicial em razão do risco de perturbar a ordem pública e o interesse da coletividade. Embora a omissão traduzisse o exercício de uma prerrogativa amparada pelo ordenamento jurídico, desprovida de caráter faltoso ou culposos, o Estado foi condenado a indenizar o titular do título executivo, por ele ter suportado um sacrifício demasiadamente pesado em razão do interesse público.” Cf. HACHEM, *op. cit.*, p. 1145.

⁹² HACHEM, *op. cit.*, p. 1145.

brasileiro, deve prevalecer justamente o princípio da igualdade entre os cidadãos, pois a Lei Fundamental determina em seu art. 3º, I e III como objetivos, sucessivamente, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, bem como “reduzir as desigualdades sociais”, propugna-se, assim, a utilização de um sistema de responsabilidade envolto pelos princípios da solidariedade e da equidade.⁹³

Em que pese o grande esforço de parte da doutrina em não optar pela responsabilidade objetiva nos casos de omissão, cumpre mencionar que diante da norma do art. 37, §6º da CF que institucionalizou a responsabilidade objetiva, não há como tolher os direitos da vítima frente ao Estado, oferecendo tratamento diverso do previsto constitucionalmente, ou seja, incumbindo-lhe do ônus da comprovação da culpa, sob pena de se ferir o princípio da isonomia, pondo em seus ombros um encargo maior que a seus equânimes. Parece um desacerto da doutrina utilizar-se de uma teoria - *faute du service* - que em sua gênese preconiza tratamento totalmente diverso daquele que o ordenando brasileiro tem oferecido.

⁹³ HACHEM, *op. cit.*, p. 1147.

CAPÍTULO 2. CONCURSO PÚBLICO E SUA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA

“Um atleta não pode chegar à competição muito motivado se nunca foi posto à prova.”
Sêneca

O concurso público no Brasil serve para propiciar o ingresso nos quadros efetivos da Administração Pública e, ressalvadas as exceções, é um processo obrigatório. Desta forma, o acesso aos cargos e empregos públicos deve ser amplo e democrático, carecendo de um procedimento de seleção impessoal, onde se assegurem a igualdade de oportunidades a todos os participantes do certame, mediante a adoção de critérios objetivos adequados.⁹⁴ Portanto, é imprescindível analisar a trajetória do concurso público no ordenamento jurídico brasileiro, destacando suas alterações na legislação e na jurisprudência. Nesse viés, importa destacar a contribuição jurisprudencial para assuntos pertinentes como a questão do direito subjetivo à nomeação e a importância de um orçamento financeiro compatível com a abertura do edital do certame.

2.1. O INSTITUTO DO CONCURSO PÚBLICO E SUA TRAJETÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO

A contratação de pessoas para laborarem junto ao Estado é um desafio constante para os governantes. Encontrar um processo eficiente para a seleção, considerando que é do bom resultado desse procedimento que depende, em grande parte, o adequado desempenho da atividade administrativa, é uma preocupação constante.⁹⁵ Ora, a necessidade de pessoas no serviço público requer que seja utilizado algum critério na escolha do indivíduo mais adequado à função. A seleção indiscriminada nunca fora recomendável para a composição do quadro de agente públicos. Algumas simples razões podem ser elencadas: (a) preocupação de não se contratar inimigos do governo em cargos importantes na administração, pois tal atitude poderia acelerar a destituição do detentor do poder; e (b) a escolha de alguém incapaz

⁹⁴ MOTTA, Fabrício Marcelo. Comentário ao artigo 37, inciso II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). **Comentário à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 830.

⁹⁵ GASPARINI, Diogenes. Concurso público – imposição constitucional e operacionalização. In: MOTTA, Fabrício (Org.). **Concurso público e constituição**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 13.

de exercer suas atribuições traria insucesso à atividade a ser executada, demonstrando a ineficiência do serviço público.⁹⁶

Nesse contexto, importante realizar um recorte sobre a evolução constitucional do concurso público no ordenamento brasileiro. Com relação ao período do *Brasil Império*, as funções públicas eram desempenhadas por agentes delegados diretamente, ou indiretamente, pelo Imperador. Ante a não existência de processo seletivo prévio para contratação de servidores, o Imperador e seus assessores eram discricionários na escolha dos ocupantes de cargos públicos, tal como ainda se realiza com os cargos em comissão e funções de confiança.⁹⁷

A Constituição Republicana de 1891 dispunha que “os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas”.⁹⁸ Ou seja, ainda que a norma constitucional não tenha estipulado qualquer exame de seleção para o ingresso no serviço público, mantendo a discricionariedade do administrador quanto às nomeações, estabeleceu como critério objetivo o preenchimento de eventuais características especiais pertencentes à função pretendida. Há que se pontuar a inovação da lei em proibir a acumulação de remunerações, algo extremamente positivo para uma época marcada por favoritismos e a ausência de impessoalidade na contratação para o Poder Público.⁹⁹

A Constituição de 1934 corresponde a um marco histórico para o concurso público, pois foi a partir de sua promulgação que o concurso de ingresso passa a ter status de princípio constitucional expresso. Por meio do art. 170, §2º, da Constituição,¹⁰⁰ tutela-se a obrigatoriedade do concurso de provas ou títulos para a primeira investidura nos cargos junto à Administração Pública. Contudo, frise-se que a exigência do certame se aplicava apenas nas situações expressamente prescritas em lei formal e para os cargos de carreira, de modo que eventuais promoções eram

⁹⁶ SOUSA, Alice Ribeiro de. **Processo Administrativo do concurso público**. Leme: J. H. Mizuno, 2013, p. 21.

⁹⁷ MAIA, Marcio Barbosa Maia; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 07.

⁹⁸ Art. 73 da Constituição da República de 1891 -Os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas.

⁹⁹ SOUSA, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁰ Art. 170, §2º, da Constituição de 1934: O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo ss seguintes normas, desde já em vigor: (...) §2º - a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos.

realizadas sem qualquer exame de seleção concorrencial. Ademais, a Constituição Federal de 1934 preconizou a estabilidade no serviço público do funcionário - aprovado e nomeado em virtude do concurso público - depois de 02 (dois) anos do exercício no cargo.¹⁰¹

As Constituições de 1937 e 1946 não alteraram a disposição contida na Constituição de 1934 relativa aos concursos públicos. Permanecia a obrigatoriedade do certame para a primeira investidura no cargo público, bem como a possibilidade de o exame seletivo levar em conta apenas os títulos do candidato, não necessariamente sendo obrigatória a feitura de provas. É a partir da promulgação da Constituição de 1967 que uma nova disposição legal altera o panorama do ingresso por meio do concurso público. O art. 95, § 1º e 2º dispunha sobre a obrigatoriedade de concurso para o provimento de todos os cargos públicos, excetuando-se os cargos em comissão.¹⁰² É imperioso destacar que tanto a Constituição de 1967, quanto a Emenda Constitucional nº 01 de 1969, positivaram que a seleção dos candidatos a um cargo público se daria por provas ou provas e títulos, impossibilitando a investidura do indivíduo com base, apenas, nos títulos que detinha.¹⁰³

Finalmente, com a Constituição Federal de 1988, operou-se a universalização do concurso público na Administração Pública, consolidando-o como opção primordial do legislador, de modo que outras formas de ingresso, como o cargo em comissão, caracterizam-se como exceção à regra constitucional.¹⁰⁴

2.2. O CONCURSO PÚBLICO COMO EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL E A SUA NATUREZA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

Em 11 de agosto de 1987 o constituinte Afonso Arinos, Presidente da Comissão de Sistematização da Assembleia Nacional Constituinte em justificativa à emenda popular nº 31, a qual versava sobre o tema do concurso público, demonstrou claramente qual a intenção em efetivar sobremaneira esse instituto de seleção concorrencial. Justificou o constituinte que a admissão de pessoas no serviço público

¹⁰¹ MAIA; QUEIROZ, *op. cit.*, p. 08.

¹⁰² Art. 95 da Constituição Federal de 1967: Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer. § 1º - A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. § 2º - Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.

¹⁰³ MAIA; QUEIROZ, *op. cit.*, p. 09.

¹⁰⁴ SOUSA, *op. cit.*, p. 38.

carecia de amparo constitucional claro e objetivo, com possibilidade de “assegurar a todos os brasileiros a oportunidade de participar nos processos seletivos para ingresso no serviço da Administração Pública”. Na mesma oportunidade, há a denúncia de órgãos públicos no Brasil, tais como os vinculados às prefeituras municipais e governos estaduais, que “vêm admitindo pessoal de forma indiscriminada, sem um processo seletivo democrático e aberto à população potencialmente preparada para os cargos”. Ou seja, fica clara a preocupação desse momento histórico com a Assembleia Nacional Constituinte, em lutar contra as discricionariedades dos administradores, bem como das ilegalidades por trás das contratações sem a devida aprovação em processo seletivo legítimo. Ao fim e ao cabo, o constituinte termina sua justificativa informando que existe uma luta no sentido de “edificar em nossa sociedade uma prática justa para o povo, nos sistemas e nos processos de seleção e admissão de pessoal no Serviço Público brasileiro”.¹⁰⁵

Cumpre enfatizar, tal como apontado por Adriana da Costa Ricardo Schier, que o trabalho do Constituinte originário não se limitou à prescrição de um conjunto de princípios delimitadores da atuação administrativa, pois também estabeleceu um conjunto de regras que permitiria a concretização dos valores positivados no texto constitucional, tal como a padronização da exigência de concurso público para o preenchimento de cargos e empregos públicos.¹⁰⁶

Sendo assim, dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, aliado à redação dada pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, preconiza hodiernamente o art. 37, II, da Constituição Federal:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

¹⁰⁵ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE; Comissão de Sistematização. **Emendas populares**. Volume 2. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, agosto de 1987. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-231.pdf>>. Acesso em 23/04/2016, p. 31.

¹⁰⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público**: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social. 2009. 214 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143672.pdf>>. Acesso em: 10/09/16, p. 91.

A palavra concurso, no sentido proposto pelo art. 37, II da Constituição Federal, pressupõe um processo de seleção pública de pessoas interessadas na assunção de cargo ou emprego junto aos órgãos da Administração. Trata-se, portanto, de *concurso de ingresso no nos quadros da Administração Pública* ou, simplesmente, *concurso de ingresso*.¹⁰⁷ É com a realização do certame público que se garante a preservação do princípio da impessoalidade no Poder Público, proporcionando a todos os cidadãos concorrentes, desde que atendidos os requisitos à ocupação visada, uma igualdade de condições e oportunidades na disputa pelo cargo pretendido.¹⁰⁸

Importante salientar que o Supremo Tribunal Federal em 08 de abril de 2015, aprovou a Súmula Vinculante nº 43: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.¹⁰⁹ Sendo assim, fica clara a interpretação da Corte Suprema quanto à obrigação de realização do certame, como norma constitucional, a fim de que o candidato aprovado possa fazer parte do quadro de servidores da Administração Pública.

Faz-se necessário elencar algumas conceituações do *concurso de ingresso* para a doutrina brasileira. Segundo Diógenes Gasparini, trata-se de procedimento administrativo posto à disposição da Administração Pública direta, autárquica, fundacional ou empresarial, de qualquer nível de governo, para que se selecione o melhor titular de cargo ou emprego público, fato necessário à execução dos serviços realizados sob sua respectiva responsabilidade.¹¹⁰

A seu turno, Maia e Queiroz conceituam o *concurso público* como um processo administrativo *especial*, marcado por regras e princípios específicos; *externo*, ao argumento de que é aberto à coletividade; *ampliativo*, já que preceitua o exercício de um direito constitucionalmente assegurado; e *concorrencial*, tendo em vista a competitividade entre os candidatos inscritos à vaga. O objetivo dessa figura

¹⁰⁷ GASPARINI, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁸ ROCHA, Daniel Machado da; LUCARELLI, Fábio Dutra; MACHADO, Guilherme Pinho. **Comentário à lei do regime jurídico únicos dos servidores públicos civis da União**. 2ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 50.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante n.º 43**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=43.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em 21/04/2016.

¹¹⁰ GASPARINI, *op. cit.*, p. 20.

de seleção é escolher e recrutar pessoas, atendidos os requisitos legais, a fim de que assumam cargos ou empregos públicos vagos na estrutura administrativa estatal (abrangendo União, Estados, o Distrito Federal, Municípios, bem como os respectivos entes autárquicos, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mistas criadas no âmbito de cada unidade federativa), por meio de realização de provas ou provas e títulos, respeitando a ordem de classificação final dos candidatos.¹¹¹

Alice Ribeiro de Sousa, considerando uma divisão técnico-procedimental, informa que o concurso público não é meramente um *procedimento administrativo*, mas sim um *processo administrativo*. Destarte, cumpre enunciá-lo como uma série de procedimentos, ordenados de forma lógica, tendendo a uma solução final. Tais procedimentos compõem-se de atos interligados entre si, os quais devem ser praticados em consonância com as prescrições legais, objetivando selecionar pessoas aptas à investidura nos cargos e empregos públicos colocados em disputa.¹¹²

A partir dos conceitos acima expostos, há que se abordar a questão da obrigatoriedade do concurso público no ornamento brasileiro. O art. 37, II, da CF, não deixa dúvidas quanto ao dever imposto ao Poder Público de que Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerão a norma constitucional quanto ao ingresso no serviço público somente por meio de teste seletivo de provas ou provas e títulos. Por certo que a obrigatoriedade alcança todas as entidades que compõem a Administração Pública direta, tais como os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo e os Tribunais de Contas em todas as esferas, ou seja, federal, estadual e municipal/distrital. De igual modo, as entidades que fazem parte da Administração Pública indireta, vale dizer, as autarquias, fundações públicas e privadas, sociedades de economia mista e as empresas públicas, também se encontram no rol de instituições obrigadas em contratar mediante concurso público, inclusive, as autarquias especiais como universidades públicas e agências reguladoras.¹¹³

Enfim, ressalte-se que a obrigatoriedade do concurso público é exigência para qualquer investidura em cargos de provimento efetivo, deste modo, ainda que alguém já faça parte dos quadros da Administração, contudo pretenda outro cargo público

¹¹¹ MAIA; QUEIROZ, *op. cit.*, p. 15.

¹¹² SOUSA, *op. cit.*, p. 56.

¹¹³ GASPARINI, *op. cit.*, p. 24.

dentro da mesma instituição, só poderá ingressar mediante novo certame e consequente aprovação.¹¹⁴ Não existe, portanto, a figura da investidura derivada (ressalvadas as exceções previstas pela lei), bem como o *concurso interno*, sobre o qual o Supremo Tribunal Federal já se manifestou com a aprovação da Súmula nº 685.¹¹⁵ Excepcionalmente, quando as atribuições a serem exercidas pelo ocupante do cargo exigirem determinadas características, tal como o caso das funções de direção e assessoramento, é que se permite a criação de cargos em comissão, providos livremente, sem concurso.¹¹⁶

Destaque-se que no instante em que a Administração Pública preconiza concurso público para preenchimento de seus cargos vagos, o certame em questão deve realizar os princípios consagrados no sistema constitucional. Ademais, esse mecanismo permite atender as exigências do princípio da eficiência, aqui entendido como a necessidade de selecionar os mais aptos para ocupar a vaga em disputa, proporcionando uma atuação estatal otimizada.¹¹⁷

Cumpre, portanto, explicar sobre as *partes* ou *etapas* que compõem a cadeia de procedimentos até a nomeação e posse do candidato.

A *parte interna* possui essa denominação ao fundamento de que, neste primeiro momento, não há repercussão externa do certame. Essa etapa destina-se a convencer a Administração Pública da necessidade de realizar o concurso de ingresso de pessoal nos seus quadros, bem como angariar informações indispensáveis à execução e à legalidade do certame. Frisa-se que a não repercussão externa implica em impossibilitar que informações essenciais e estratégicas, desde o início até a publicação do edital, cheguem ao conhecimento de eventuais interessados, o que objetivamente violaria os princípios da moralidade administrativa e da igualdade.¹¹⁸

Com efeito, é na etapa interna que se identifica a real necessidade do provimento das vagas existentes. Nesse contexto, o ideal é que sejam ouvidos os

¹¹⁴ GASPARINI, *op. cit.*, p. 24.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 685**. É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 24/04/2016.

¹¹⁶ DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da isonomia e concursos públicos. In: MOTTA, Fabrício (Org.). **Concurso público e constituição**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 93.

¹¹⁷ MOTTA, Fabrício Marcelo. Comentário ao artigo 37, inciso II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). **Comentário à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 830.

¹¹⁸ GASPARINI, *op. cit.*, p. 51.

responsáveis pelos setores da Administração, colhendo-se informações sobre as dificuldades da prestação adequada dos serviços em razão da falta de pessoal; que se sistematize os anseios da população, bem como críticas da mídia e etc. Depois de organizados todos os dados referentes à pesquisa prévia para abertura de concurso, remetem-se estes ao responsável pela análise da necessidade de abertura ou não do certame, em caso positivo, inicia-se processo administrativo de concurso de ingresso nos quadros da Administração Pública.¹¹⁹

É nesse primeiro contato com o processo que se deve verificar a existência de exigências preliminares. No âmbito do Poder Executivo Federal, por exemplo, a realização de certame público depende de prévia autorização do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (art. 5º da Portaria MP nº 450/2002).¹²⁰ Deve-se, de igual modo, levantar minuciosamente os diversos cargos vagos presentes nos quadros da Administração, indicando a denominação, o número de cargos ou empregos que poderão ser postos em disputa, os requisitos de provimento, o vencimento e a lei que os criou. Feito isso, verifica-se o custo e impacto financeiro que as futuras admissões trarão às despesas do Estado, respeitando os limites fixados pela Lei de Responsabilidade Fiscal,¹²¹ conforme se abordará no item 2.3.

Num segundo momento, tem-se a *parte externa* do certame. Diógenes Gasparini aponta que “até a publicação do edital não se teve concurso de ingresso no serviço público, que se consubstancia na parte externa do procedimento”. Nesta etapa estão contidos momentos marcantes ao concurso, caracterizados por fases essenciais à efetivação do procedimento. São elas: abertura (publicação do edital), deferimento ou indeferimento de inscrição, realização das provas, publicação dos resultados e homologação.¹²²

Frise-se que não há, atualmente, nenhuma legislação em âmbito nacional que regulamente o concurso público. Todas as etapas e fases ficam à mercê dos entes federados e seus administradores. Importante destacar que tramita no Senado Federal uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº 75/2015), visando alterar a redação dos artigos 24 e 37 da Constituição Federal com o intuito de prever a competência legislativa concorrente da União, dos Estados, Municípios e do Distrito

¹¹⁹ GASPARINI, *op. cit.*, p. 52.

¹²⁰ MAIA; QUEIROZ, *op. cit.*, p. 80.

¹²¹ GASPARINI, *op. cit.*, p. 53.

¹²² GASPARINI, *op. cit.*, p. 57.

Federal para legislar sobre concursos públicos e facultar ao Poder Legislativo a iniciativa legislativa sobre a matéria.¹²³ Segundo a justificativa do autor da proposta, ex-senador Douglas Cintra (PTB-PE), embora não conste de forma expressa no texto constitucional, cada ente federativo tem competência para legislar sobre Direito Administrativo, incluindo a sistemática do concurso público de sua esfera. Consigna, portanto, que havendo alteração na previsão constitucional, o Poder Legislativo poderia preconizar uma lei nacional,¹²⁴ sendo concedida autonomia a estados, municípios, e ao Distrito Federal, para adequarem-na a suas realidades.¹²⁵ Tal lei, segundo o senador Valdir Raupp (PMDB-RO), relator da PEC no Senado, pretende cessar a ocorrência de fraudes e a ineficiência em concursos no país.¹²⁶

Partindo das etapas que perfazem o certame, cabe aprofundar a questão financeira que é atinente ao processo administrativo em tela, demonstrando a importância de um planejamento estratégico prévio da Administração, em consonância com os ditames legais.

2.3. QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS: DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA, PREVISÃO EM LEI ORÇAMENTÁRIA E LIMITES DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

O cargo público remete ao caráter remunerado considerando o superveniente preenchimento com a aprovação do candidato. Portanto, com a publicação do edital faz-se necessária a existência de uma receita pública para o custeio do trabalho a ser

¹²³ BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 75/2015. Altera os artigos 24 e 37 da Constituição Federal para prever a competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre concursos públicos e facultar ao Poder Legislativo a iniciativa legislativa sobre a matéria. Autor: Senador Douglas Cintra. **Senado Federal**, Brasília, 11 jun. 2015. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121729>>. Acesso em: 16/11/2016.

¹²⁴ Cumpre destacar que existem diversos projetos de lei visando a regulamentação dos concursos públicos no Brasil. Como exemplo, pode-se mencionar o Projeto de Lei do Senado nº 74/ 2010 (projeto da lei geral dos concursos) que atualmente se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados.

¹²⁵ BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 75/2015. Altera os artigos 24 e 37 da Constituição Federal para prever a competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre concursos públicos e facultar ao Poder Legislativo a iniciativa legislativa sobre a matéria. Autor: Senador Douglas Cintra. **Senado Federal**, Brasília, 11 jun. 2015. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121729>>. Acesso em: 16/11/16.

¹²⁶ BRASIL. Senado Federal. Parecer nº559 de 2016 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 75 de 2015, que altera os artigos 24 e 37 da Constituição Federal para prever a competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre concursos públicos e facultar ao Poder Legislativo a iniciativa legislativa sobre a matéria. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=195138&tp=1>>. Acesso em: 16/11/16.

desenvolvido pelo futuro servidor. Tal premissa impõe a máxima de que não é possível cogitar concurso público sem que haja cargo vago a ser preenchido, ou ainda a possibilidade financeira de suportar esse gasto.¹²⁷

Esse entendimento é fundamentado na regra constitucional prevista no art. 169, §1º, da Constituição Federal,¹²⁸ que estabelece limites de gastos com as despesas de pessoal, pelo qual se percebe a importância de antever os gastos com o pessoal, sob pena de se atentar contra o intuito de preservação do equilíbrio orçamentário (receita/despesa) consagrado no ordenamento jurídico. A Corte Suprema, inclusive, estabeleceu que a expressão “não poderá exceder”, presente no artigo aludido, em consonância com o caráter nacional da lei complementar, assentam a noção de marco negativo imposto a todos os membros da Federação, de modo que os parâmetros de controle de gastos ali estabelecidos não podem ser ultrapassados.¹²⁹

Deve-se saber se há dotação orçamentária com saldo suficiente para satisfazer as despesas que os novos servidores trarão ao exercício financeiro em que os aprovados serão nomeados. Não havendo, é necessário que se abra o devido processo de suplementação de dotação orçamentária, a qual eventualmente pode depender de autorização legislativa. Até esse procedimento se findar, o processo administrativo do concurso público deve ficar sobrestado, aguardando a devida autorização.¹³⁰

O legislador infraconstitucional também teceu considerações importantes sobre a previsão de gastos da Administração Pública na Lei Complementar nº 101 de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Importante mencionar que a referida lei, cuja base está na matriz constitucional financeira, “preenche a lacuna punitiva contra o

¹²⁷ ALVES DOS SANTOS, D'Alembert Arrhenius. Concurso público: direito subjetivo à nomeação. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 15, n. 171, mai. 2015. p. 9.

¹²⁸ Art. 169 da Constituição Federal de 1988: A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.426. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 09.02.2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 18 mai. 2011.

¹³⁰ GASPARINI, *op. cit.*, p. 54.

mau administrador público”, de modo que irregularidades em operações de crédito, gastos excessivos com pessoal e o desequilíbrio orçamentário são fortemente fiscalizados e rechaçados pela Lei. O legislador infraconstitucional traz uma variedade de instruções para o administrador público na tentativa de transformar o orçamento público em uma “real peça de gerência”.¹³¹

O diploma legal em seu art. 21 consigna que é nulo de pleno direito (i) o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e que não atenda as exigências dos arts. 16 e 17 da própria Lei de Responsabilidade Fiscal, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição Federal; (ii) o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo, e (iii) ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20 da LRF.

Frise-se que a despesa total com o pessoal compreende o somatório dos gastos do ente da Federação com os (i) ativos, inativos e pensionistas, relativos a mandados eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza; (ii) encargos sociais e contribuições, recolhidas pelo ente às entidades de previdência; e (iii) contratos de terceirização de mão-de-obra, que se referem à substituição de servidores e empregados públicos, os quais serão contabilizados como “outras despesas pessoais”.¹³²

O disposto no art. 15 considera como não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que de algum modo não atendam aos requisitos impostos pela própria lei (art. 16), a saber a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de (i) estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; e (ii) declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de

¹³¹ VARGAS, Tuany Baron de. Concurso público e o direito subjetivo à nomeação: uma análise a partir dos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 16, n. 64, abr./jun. 2016, p. 254.

¹³² GUEDES, José Rildo de Medeiros. **Comentário à lei de responsabilidade fiscal**. Rio de Janeiro: IBAM, 2001, pg. 39-40.

diretrizes orçamentárias. Novamente a lei em tela irá destacar no §1º do art. 16 que se considera (i) adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício; e (ii) compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer disposição da LRF. Ao fim e ao cabo, deverá existir, também, autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 169, §1º, II, CF/88) e a prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes (art. 169, §1º, I, CF/88).

Definindo o orçamento como um *plano* financeiro da Administração Estatal, por meio do qual em um período determinado de tempo são previstas suas receitas e fixadas as correspondentes despesas,¹³³ ao passo que *interliga* os sistemas de planejamento e de finanças pela expressão quantitativa financeira e física dos programas de trabalho de todas as esferas de governo¹³⁴ e, ainda, analisando sua função, do ponto de vista *político*, no Estado Democrático de Direito, no sentido de constituir forma de *controle* da Administração, deixando-a adstrita à execução das despesas no período e nos limites estabelecidos pelo Poder Legislativo,¹³⁵ é possível afirmar que dentro do universo do concurso público, o orçamento público tem extrema importância na sua concretização.

Sendo assim, considerando o dever do administrador em ter um planejamento eficiente e a execução orçamentária responsável, no momento da abertura do edital do concurso, o Estado declara que é capaz de arcar com as despesas que os novos servidores trarão aos cofres públicos. Nesse contexto, os limites com a despesa de pessoal devem ser imperiosamente observados.¹³⁶

Ante o exposto, é perceptível que o Estado só deflagra (ou deveria deflagrar) o certame público desde que restem atendidos todos os pressupostos financeiros

¹³³ MORGADO, Laerte Ferreira. **O orçamento público e a automação do processo orçamentário**. Disponível em: <<https://goo.gl/oQ6ayh>> Acesso em: 11/07/2016.

¹³⁴ REIS, Heraldo da Costa; MACHADO JÚNIOR, José Teixeira. **A Lei 4.320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal**. 33ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 2.

¹³⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 178.

¹³⁶ VARGAS, *op. cit.*, p. 262.

atinentes ao processo. Portanto, alegações estatais no sentido de que o concurso deve ser interrompido e/ou não pode ser concluído, sem o devido preenchimento das ocupações remuneradas listadas em edital, sob justificativa de insuficiência de recursos financeiros, não merece prosperar.¹³⁷

Nesse viés, infere-se que a previsão de concurso público no orçamento cinge-se de estreito estudo preliminar, não sendo razoável que o administrador, no uso de suas funções, revogue com base nesse fundamento determinada medida prevista. O Estado carece de recursos humanos para prestar um efetivo serviço público, e de qualidade, à sociedade.

2.4. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO, AS EXCEÇÕES ADMITIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS ÓBICES APRESENTADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Realizadas as diversas etapas de seleção do concurso público, ter-se-á aprovação do candidato. Nessa oportunidade nasce uma série de questionamentos sobre quais direitos o indivíduo possui, bem como os deveres da Administração Pública, considerando que o processo do certame ainda não se findou.

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência posicionam-se no sentido de que os candidatos *aprovados* em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. De modo diverso, o candidato *classificado* tem mera expectativa de nomeação quando as vagas já estão ocupadas pelos aprovados, contudo, havendo desistências dos aprovados ou abertura de novas vagas, o candidato outrora classificado passa a ter direito subjetivo à nomeação.¹³⁸ Tal posição suprime o entendimento anterior a 2008, no qual o candidato aprovado em concurso público, possuiria *expectativa de direito à nomeação*, pois o provimento dos cargos dispostos no edital de abertura está dentro da esfera discricionária da Administração Pública.¹³⁹ Nesse viés seria possível preconizar que o efetivo direito à nomeação

¹³⁷ ALVES DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 12.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 227.480. Rel. Min. Menezes Direito. Brasília, DF, 16.9.2008. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 21 ago. 2008.

¹³⁹ Importante ressaltar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 837.311/PI (Publicação do DJE em 18/04/2016) no qual a Corte decidiu que “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: ‘O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de

surgiria quando o Poder Público decide prover o cargo, de modo que só pode ser nomeado aquele que previamente foi aprovado e, ainda, conforme a ordem de classificação do resultado homologado.¹⁴⁰

A discricionariedade da Administração pode ser concebida já na criação do edital do concurso, após percuente estudo sobre a viabilidade e oportunidade, ao elencar as vagas disponíveis, definindo, a seu turno, a conveniência da ocupação dos cargos. No entanto, essa discricionariedade é exercida e se dilui no período de vigência do certame, pois a partir do momento em que são fixados e publicados os termos do edital, é exaurida em relação aos itens ali postos.¹⁴¹

É possível que haja mudança da posição inicial da Administração Pública quando demonstrou interesse em prover seus cargos vagos. Para tanto é imperioso que exista interesse público superveniente e objetivamente determinante para alteração do posicionamento anterior. Nestes casos, deve o administrador motivar seu ato, demonstrando todos os fatores que culminaram em decisão racional. Sendo assim, pode se inferir que se as circunstâncias fáticas que ensejaram a abertura do concurso não se alterarem, a Administração deve prover os cargos objetos do certame.¹⁴²

Frise-se que no momento que o Poder Público se presta a abrir edital de seleção para preenchimento de cargos, está publicizando os termos ali elencados, tornando-se vinculado a estes, assumindo o dever de manejar o certame com base nos princípios que regem a Administração, com o intuito de nomear os candidatos que logram êxito na seleção.

Daí a importância do princípio da vinculação ao edital para o concurso público. Partindo da premissa que “o edital é a lei do concurso”. Preconiza-se que todos os atos que regem o concurso público estão interligados e devem obedecer ao edital, ou

preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1– Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima”.

¹⁴⁰ MAIA; QUEIROZ, *op. cit.*, p. 225.

¹⁴¹ REISDORFER, Guilherme F. Dias. Convocação de candidatos aprovados em concurso público e direito à nomeação: considerações sobre o controle judicial da atividade administrativa. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 164, out. 2014. p. 48.

¹⁴² MAIA; QUEIROZ, *op. cit.*, p. 228.

seja, o instrumento que convoca os candidatos interessados em participar do certame, ao passo que regulamenta os ditames a serem seguidos. Com efeito, o edital concerne ao ato normativo editado pela Administração Pública, visando disciplinar o processamento do certame público. Destarte, diante da atribuição legal do ente público em criar o ato, advém a *subordinação total à lei* e a *força vinculante* do edital frente a candidatos e Administração, os quais não podem se afastar de suas disposições salvo nas previsões que conflitem com regras e princípios superiores, o que acarretaria, em tese, a ilegalidade ou inconstitucionalidade de tais preceitos.¹⁴³

Decerto, a Administração ao elaborar o edital do certame detém certa discricionariedade para estabelecer seu conteúdo, valorar e escolher os critérios de avaliação dos candidatos, a metodologia para aplicação das provas, o peso das matérias com vistas à respectiva pontuação e à quantificação das questões e outras normas regulamentadoras. Todavia, uma vez estabelecidas as regras disciplinadoras do concurso, o administrador autolimita-se às diretrizes criadas, as quais após devida publicação gozam de força obrigatória e vinculante – para a Administração e administrados.¹⁴⁴

Não se está a advogar, contudo, que o princípio da vinculação ao edital refere-se à imutabilidade das normas e regras ali postas. Cumpre destacar que as disposições editalícias subjugam-se aos cânones da hermenêutica jurídica, aos processos de integração e aos princípios jurídicos.¹⁴⁵ Ou seja, como já dito, havendo violações ao sistema normativo, impõe-se a nulidade dos dispositivos e atos que concernem ao edital. Sobre o assunto em tela, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, em voto de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, que “o edital de concurso, desde que consentâneo com a lei de regência em sentido formal e material, obriga candidatos e administração pública”.¹⁴⁶

Tal como nos processos administrativos referentes à licitação, a publicação do edital do concurso público torna explícitas as regras que regerão o comportamento, bem como o relacionamento entre Administração e os concorrentes ao cargo público pretendido. Portanto, é necessária uma observância bilateral: o Poder Público exhibe

¹⁴³ MOTTA, Fabrício. Concurso público e a confiança na atuação administrativa: análise dos princípios da motivação, vinculação ao edital e publicidade. In: MOTTA, Fabrício (Org.). **Concurso público e constituição**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 144.

¹⁴⁴ MAIA; QUEIROZ, *op. cit.*, p. 38.

¹⁴⁵ MAIA; QUEIROZ, *op. cit.*, p. 39.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 480.129. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 30.06.2009. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 23 out. 2009.

suas condições e o candidato, ao se inscrever, concorda com elas, estabelecendo-se, assim, o vínculo jurídico do qual decorrem direitos e obrigações.¹⁴⁷

Posto isso, o Direito subjetivo em oposição ao Direito objetivo guarda sintonia no sentido que de um lado se está falando de direito, e do outro, de uma correspondente relação jurídica. Sendo assim, o Direito subjetivo envolve a prerrogativa reconhecida e protegida pelo Direito objetivo de se fazer valer diante de outrem, o qual é titular do correspondente dever jurídico, em determinada relação jurídica.¹⁴⁸

Outra possível leitura do direito subjetivo no concurso público diz respeito ao preenchimento sucessivo de algumas condicionantes, tais como a aprovação do candidato dentro do número de vagas previstas no edital, a vigência do prazo de validade do certame e a preterição da nomeação com violação da ordem de classificação dos candidatos aprovados por parte do Poder Público.¹⁴⁹ Desse modo, só se poderia cogitar o direito subjetivo do candidato, e sua tutela, na situação acima mencionada, ou seja, com a violação da classificação. Importante mencionar que esse posicionamento foi objeto da Súmula nº 15 do Supremo Tribunal Federal em sessão de 13/12/1963.¹⁵⁰ Frise-se que esse posicionamento está ultrapassado, pois hodiernamente, como se verá a seguir, não é necessário que haja preterição para que haja direito subjetivo à nomeação.

Muito embora essa posição tradicional seja importante para o histórico do tema nas Cortes recursais do país, percebe-se sua fragilidade na tratativa de questões cotidianas, pois durante muito tempo, tal posicionamento tornou relativamente comum a realização de concursos sem que se procedesse à nomeação ou contratação dos aprovados, ao argumento de que se tratava de competência discricionária da Administração esse ato, uma mera liberalidade, sem qualquer vinculação. Deveras, essa concepção permitiu o desvirtuamento do concurso público em situações que o administrador publicava edital simplesmente para proveito político, por exemplo, e

¹⁴⁷ MOTTA, Fabrício. **Concurso público e a confiança na atuação administrativa...** *Op. cit.*, p. 146.

¹⁴⁸ ALVES DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 13.

¹⁴⁹ ALVES DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 14.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 15**. Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSúmula&pagina=sumula_001_100>. Acesso em: 28/07/2016.

ainda tornou judicializada a temática da seleção pública, posto que se aumentou a procura pela tutela judicial, frente às arbitrariedades diversas.¹⁵¹

Questiona-se, então, em que momento haverá (ou se houve) direito subjetivo? Perceba-se que não necessariamente se cogita o desrespeito à ordem de classificação. Em verdade o que se tem em muitos casos é simplesmente a omissão estatal em chamar os candidatos.

Objetivando um tratamento diferenciado da questão em tela, o Superior Tribunal de Justiça há algum tempo tem oferecido outra resposta e, diga-se de passagem, bem mais avançada em relação ao posicionamento anterior. Utilize-se como exemplo o Recurso Ordinário em Mandando de Segurança – RMS nº 26.507/RJ, julgado em 18 de setembro de 2008, no qual a 5ª Turma do STJ assentou que (I) o princípio da moralidade impõe a obrigatoriedade de obediência às regras estabelecidas no edital do concurso público, de modo que as vagas ali expostas vinculam o seu provimento pela Administração; (II) a partir da veiculação expressa da necessidade de prover determinado número de cargos, por meio da publicação do edital, a nomeação de posse de candidato aprovado dentro das vagas ofertadas, transmuda-se de mera expectativa de direito à direito subjetivo; e (III) o ato omissivo da Administração que não assegura a nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, é classificado como ilegal, porquanto se trata de ato vinculado.¹⁵²

Há ainda que se falar sobre o momento oportuno para exercer a tutela sobre esse direito subjetivo. Infere-se que este direito não nasce somente depois de escoado o prazo previsto em edital para a nomeação dos aprovados. É mister mencionar que com a expiração do prazo do edital (considerando eventual prorrogação), tem-se a materialização definitiva da omissão ilícita por parte do Estado em não cumprir o dever de chamar os candidatos, bem como concretiza-se a lesão ao direito subjetivo.¹⁵³ Tais fatos ensejam, certamente, a atuação do Poder Judiciário no sentido de corrigir as lesões que a Administração causou aos candidatos.

¹⁵¹ MOTTA, Fabrício. Concurso Público: direito à nomeação e a existência de “cadastro de reserva”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 24, dezembro, janeiro, fevereiro, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-FABRICIO-MOTTA.pdf>> Acesso em: 14/07/16, p. 10.

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS: 26507 RJ 2008/0052991-1. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 18.09.2008. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 20 out. 2008.

¹⁵³ ALVES DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 15.

Ao que tudo indica, considerando a atual posição da jurisprudência sobre o direito subjetivo à nomeação, constata-se que a *mera expectativa de direito* se refere aos candidatos aprovados no certame, mas que não estão dentro dos números de vagas previstas no edital.

Importante salientar que parte da doutrina não coaduna com o entendimento mencionado anteriormente. Marcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz salientam que a chamada expectativa de direito nada mais é que uma “terminologia empregada para amenizar a decepção e a frustração dos candidatos aprovados que não são convocados para investirem nos cargos e que foram aprovados a duras penas e forte dedicação”.¹⁵⁴

É imperioso que na preparação, realização e controle dos concursos públicos, a Administração deve primar pela absoluta boa-fé, respeitando a confiança que lhe é conferida pelo cidadão, vinculando-se sobremaneira às regras legalmente e normativamente regentes do certame. Nas palavras de Fabricio Motta no que tange à realização do concurso pela Administração, “não se admite, assim, que desrespeite as regras do jogo, estabeleça uma coisa e faça outra”. Ora, o mínimo que a sociedade espera é que o Estado tenha uma atuação de acordo com o direito posto, sendo desautorizados comportamentos administrativos que ofendam padrões éticos exigíveis.¹⁵⁵ Do contrário, estar-se-á ferindo a probidade administrativa, a qual consiste no dever de o agente servir à Administração com honestidade e lealdade, de modo que lhe resta vedado aproveitar-se dos poderes ou facilidades decorrentes da posição que ocupa junto ao Poder Público, a fim de lograr proveito pessoal ou de outrem.

É importante mencionar o julgamento realizado em 10 de agosto de 2011 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal nos autos de Recurso Extraordinário nº 598.099/MS, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual se discutiu a questão do direito subjetivo à nomeação.

Primeiramente, o Relator esclarece que as posições da própria Corte foram evoluindo no decorrer dos anos. Relembra que em vários julgados, inicialmente, preconizava-se como mera expectativa de direito a aprovação do candidato dentro do número de vagas do edital. O direito subjetivo à nomeação só se configuraria quando

¹⁵⁴ MAIA; QUEIROZ, *op. cit.*, p. 226.

¹⁵⁵ MOTTA, Fabricio. **Concurso público e a confiança na atuação administrativa...** *Op. cit.*, p. 146.

houvesse preterição na ordem de classificação, quer seja por aprovados no próprio concurso ou ainda por contratação de mão-de-obra precária, tal como a contratação de empresas terceirizadas para realizar o serviço destinado aos candidatos aprovados¹⁵⁶.

Por certo que antes mesmo do recurso extraordinário em tela, várias decisões monocráticas e julgados sem repercussão geral foram alterando o entendimento tradicional já mencionado. Com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 227.480/RJ julgado em 16 de setembro de 2008, a Corte inova ao afirmar que candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para posse que vier a ser dada dos cargos vagos existentes ou nos que vierem a existir no prazo de validade do concurso. A Relatora designada, Ministra Cármen Lúcia, sustentou que *“há o direito subjetivo à nomeação, salvo se sobrevier interesse público que determine que, por uma nova circunstância, o que acontecer na hora da convocação ponha abaixo o edital”*. Novamente, o voto destaca que a Administração fica obrigada a nomear, a não ser que sobrevenha alguma circunstância fática impeditiva. Tais conclusões servem para demonstrar o novo tratamento que o STF deu a questão, quando provocado.¹⁵⁷

Diante desses precedentes jurisprudenciais, o Ministro Gilmar Mendes no RE nº 598.099/MS, decide que dentro do prazo de validade do concurso, a Administração Pública poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá deixar de nomear o aprovado dentro das vagas do edital, porquanto constitui-se um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público levando em conta o princípio da vinculação ao edital. O Ministro ainda salienta que o dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público, consoante o princípio da segurança jurídica no Estado de Direito.¹⁵⁸

No entanto, é imperioso destacar que o Relator, acompanhado à unanimidade dos ministros e ministras, elenca algumas situações caracterizadas como “excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas” quanto à obrigatoriedade

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 598.099. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10.8.2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30 set. 2011.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 227.480. Rel. Min. Menezes Direito. Brasília, DF, 16.09.2008. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 21 ago. 2009.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 598.099. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10.8.2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30 set. 2011, p. 325.

de nomeação, desde que fundamentadas pelo interesse público. São 04 (quatro) características apresentadas no voto: *I) Superveniência*: reputa o Relator que se trata das situações em que os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente *posteriores* à publicação do edital. Desse modo, obtém-se que, ao tempo da publicação do edital, a Administração Pública conhece suficientemente a realidade fática e jurídica que lhe permite oferecer publicamente as vagas para preenchimento via concurso. Destarte, tudo o que for anterior ao edital, em tese, não pode ser óbice para a nomeação dos candidatos; *II) Imprevisibilidade*: o relator menciona nesta hipótese que a situação excepcionalíssima deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital. Sendo assim, situações corriqueiras ou mudanças normais das circunstâncias sociais, econômicas e políticas não podem servir de justificativa para que a Administração Pública descumpra o dever de nomeação dos aprovados no concurso público conforme as regras editalícias. Ou seja, simplesmente mencionar as “crises”, sem qualquer fundamentação profunda, como impedimento ao andamento do concurso não demonstra qualquer respaldo, não é razoável; *III) Gravidade*: reporta-se exatamente nos termos do Relator, “os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital”. Portanto, crises econômicas de grandes proporções, guerras, fenômenos naturais que causem calamidade pública ou comoção interna podem justificar a atuação excepcional por parte da Administração Pública; *IV) Necessidade*: só é permitida uma solução drástica e excepcional de não cumprimento da obrigação de nomeação, quando esta se demonstrar necessária. Nesse contexto, o Poder Público somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. Dito de outra forma, impõe-se que essa medida deve ser sempre a *ultima ratio* da Administração Pública, como apontou o Ministro Gilmar Mendes.¹⁵⁹

Ressalvados os casos em que se permite à Administração não nomear o candidato aprovado em concurso público, classificado dentro das vagas previstas em edital e apto a preencher quadro de servidores junto ao Poder Público –

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 598.099. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10.8.2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30 set. 2011, p. 329.

superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade – sempre haverá o dever de respeitar o direito subjetivo à nomeação. Destarte, faz-se necessário analisar essas circunstâncias, enquadrando os possíveis óbices que o administrador pode elencar para se eximir de cumprir seu dever legal.

Certo é que em mundo globalizado, cuja economia está arraigada em diversos fatores que fogem até mesmo da soberania dos Estados, percebe-se a fragilidade das economias internas de cada país. Recessão, corte de gastos públicos, demissões em massa e diminuição do poder de compra, são alguns fenômenos que estão presentes no cotidiano das pessoas que vivem em países que enfrentam as temidas crises econômicas. É importante destacar que esse quadro não é privativo apenas de um ente federado, por exemplo, a União. Pelo contrário, não é de hoje que Municípios e Estados passam por dificuldades financeiras devido a diversos fatores. A Administração Pública não é exceção. Se a iniciativa privada tem restrição para investir e contratar em tempos de economia enfraquecida¹⁶⁰, o Poder Público trilha este mesmo caminho.

Pois bem, especificando melhor a questão, até que ponto o administrador pode se utilizar do argumento de que o motivo de não contratar ou nomear servidores novos advém de aspectos financeiros? Definitivamente há uma limitação a este argumento e, portanto, imperioso é explanar algumas assertivas.

Ao observar os debates entre os Ministros do STF no julgamento Recurso Extraordinário nº 598.099/MS, já descrito anteriormente, o Ministro Ricardo Lewandowski fez questão de trazer a discussão dos aspectos financeiros do Estado:

(...) se existe, de um lado, a meu ver, o direito do cidadão a ser empossado depois de passar e vencer o concurso público, existe, de outro lado, também, penso eu – hoje, mais do que nunca, no momento em que o mundo todo se debate com uma crise econômica mundial –, o direito a um orçamento equilibrado, o direito a uma Administração eficiente. Portanto, é possível que surjam – e o Ministro Gilmar Mendes reconheceu isso – situações em que a Administração se veja constrangida a não preencher os cargos, mas é preciso que o faça de forma motivada.¹⁶¹

¹⁶⁰ FREY, João Guilherme. Desemprego seguirá crescendo mesmo com eventual recuperação econômica. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 12 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/desemprego-seguira-crescendo-mesmo-com-eventual-recuperacao-economica-1gf5qcfjusgd3r6wzvwho3g5>>. Acesso em: 28/07/2016.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 598.099. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10.8.2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30 set. 2011, p. 342.

Na linha de raciocínio do Ministro do Supremo Tribunal Federal, é totalmente pertinente e necessário que exista um equilíbrio econômico nas finanças estatais. Vale ressaltar que a Constituição Federal e a Lei de Responsabilidade Fiscal preveem comportamentos para a Administração não exceder gastos e, por consequência do endividamento, não cumprir com suas responsabilidades e deveres. Todavia, fundamentar genericamente a superveniência de uma crise econômica não é adequado para extinguir a obrigação de nomeação dos indivíduos com direito subjetivo à nomeação. É de se notar que o suposto óbice do Poder Público no sentido de que após a publicação do edital uma crise atingiu o ente, impossibilitando-o de realizar novas nomeações, carece de extrema atenção. Importa analisar o quadro fático do caso concreto, detalhar os acontecimentos que o administrador está utilizando como base para sua motivação, pois as vagas previstas em edital já constavam no orçamento do ente, bem como na lei que criou os cargos, atendendo as exigências LRF. Por outro lado, é possível que haja dificuldades em honrar os compromissos com outros setores públicos caso exista provimento dos cargos, tal como na área de saúde, educação e segurança pública. Contudo, é necessário o detalhamento e comprovação dos motivos, os quais devem ser suficientes, afinal, como bem disse a Ministra Cármen Lúcia nos debates do julgamento já aventado: *“para servidores públicos, não basta ter verbo, é preciso ter verba”*.¹⁶² Palavras vãs não são capazes de afastar garantias constituídas pelo direito.

Inclusive, deve-se destacar um caso típico trazido pela Ministra Carmen Lúcia em seu voto no Recurso Extraordinário nº 598.099/MS, em que diante da superveniência de uma alteração constitucional (Emenda Constitucional nº 14 de setembro de 12 de setembro de 1996) se percebe claramente de um óbice justificado para não nomear aprovados nos certames públicos:

É certo que pode haver a superveniência de situações – (...) e eu me lembro muito bem, como procuradora, o quanto sofri com isso -, por exemplo, da Emenda nº 14. Havia concursos públicos para professores de segundo grau abertos em todos os lugares do Brasil, veio a Emenda nº 14 e afirmou-se não ser mais dos entes estaduais a competência para a prestação desses serviços. Passaram eles aos municípios. Vai-se nomear quarenta, cinquenta mil pessoas para que cargo? O cargo deixou de existir.¹⁶³

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 598.099. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10.8.2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30 set. 2011, p. 339.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 598.099. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10.8.2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30 set. 2011, p. 339.

Ao fim e ao cabo, verifica-se as exceções definidas pelo Supremo Tribunal Federal servem como vetores hermenêuticos para a Administração avaliar, com a devida cautela, a real necessidade de não cumprimento do dever de nomeação, fundamentado em quadro fático devidamente motivado e passível de controle pelo Poder Judiciário.¹⁶⁴

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 598.099. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10.8.2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30 set. 2011, p. 329.

CAPÍTULO 3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA NOMEAÇÃO TARDIA DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO

“De que vive o homem? Vive de esperança. Esse homem fez um concurso, e a esperança é um direito legítimo de qualquer cidadão”
Ministro Luiz Fux

Após tecidas as devidas considerações sobre o instituto da responsabilidade civil do Estado, bem como as nuances do concurso público no ordenamento brasileiro, faz-se necessário realizar um aprofundamento da relação destes temas, frente à problemática que é levada ao judiciário tão corriqueiramente. Para tanto, importa destacar um julgado recente do Supremo Tribunal Federal que visou elucidar a questão da responsabilidade do Estado diante de casos de nomeação tardia. Por certo, ainda que aparentemente haja uma resposta da Corte constitucional brasileira sobre eventuais litígios, não se deve abandonar o senso crítico que é pertinente ao jurista. Pelo contrário, em situações polêmicas que chegam perante os intérpretes, por excelência, da Constituição Federal, deve-se destacar outras possíveis respostas ao litígio, demonstrando com argumentos pertinentes se a conclusão do julgado, de fato, foi a melhor. Tal é a proposta a partir deste momento, recuperar os elementos da decisão do STF e de maneira crítica.

3.1. O ENTENDIMENTO ATUAL DA JURISPRUDÊNCIA: ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DO STF

O Recurso Extraordinário nº 724.347/DF, autuado em 23 de novembro de 2012 perante a Suprema Corte, em que figurou como recorrente a União e como recorridos Antonio Carlos Alberto Machado Conte e outro (a/s), teve julgamento definitivo em sessão do plenário de 26 de fevereiro de 2015.¹⁶⁵ Inicialmente a relatoria do processo foi distribuída por sorteio ao Ministro Marco Aurélio que, em 29 de agosto de 2013, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, tese confirmada à unanimidade da composição do STF.¹⁶⁶

Em 23 de outubro de 2014, os autos entraram em pauta de julgamento e após os votos do Relator Ministro Marco Aurélio, negando provimento, e do Ministro

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Acompanhamento Processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidenote=4336454>>. Acesso em 15/07/16.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Repercussão Geral. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 30.08.2013. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 set. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/Yt4rax>>. Acesso em 16/07/16.

Roberto Barroso, que apresentou divergência no sentido do provimento do recurso da União, o Ministro Teori Zavascki pediu vista.

Decorridos mais de 02 (dois) anos desde a chegada na Corte, finalmente, em 26 de fevereiro de 2015, em sede de repercussão geral, por maioria de votos, vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator originário) e Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal acolheu a divergência apresentada pelo Ministro Roberto Barroso (relator designado), nos termos da ementa do acórdão proferido:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL.

1. Tese afirmada em repercussão geral: na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante.
2. Recurso extraordinário provido.¹⁶⁷

Efetuada a descrição da movimentação processual, importa elencar os argumentos utilizados pelo voto vencedor do Ministro Luís Roberto Barroso que concluíram pela ausência de responsabilidade estatal nas hipóteses de nomeações tardias.

Colhe-se dos autos que o recurso fora interposto contra acórdão da Quarta Turma Suplementar do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que dava provimento à Apelação nº 2000.34.00.017268-1/DF, para “assentar o direito dos candidatos aprovados em concurso público à indenização por danos materiais em decorrência da demora na nomeação determinada judicialmente”. Nos termos do acórdão recorrido o *quantum* indenizatório deveria equivaler aos valores das remunerações correspondentes ao cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional, no período compreendido entre a data em que deveria ter havido a posse e aquela em que efetivamente ocorreu – de 13 de junho de 1995 a 25 de julho de 1997 –, abatendo-se os rendimentos, nesse ínterim, percebidos em virtude do exercício de outro cargo público inacumulável ou de atividade privada.¹⁶⁸

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 26.02.2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 mai. 2015.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Documentos digitalizados. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4336454>>. Acesso em 20/07/16.

Destaque-se que, conforme informações dos autos, o edital de abertura do concurso previa 500 (quinhentas) vagas. Nesse processo de seleção inicialmente 5.000 (cinco mil) pessoas foram aprovadas na primeira fase, de modo que se convocaram apenas 500 (quinhentas) pessoas para a segunda fase. Nesse período de tempo sobreveio lei que criou 7.000 (sete mil) novas vagas, facultando a convocação de aprovados além da 500ª (quingentésima) posição do certame já em andamento para a segunda fase. Fato é que mais 1.000 (mil) pessoas foram chamadas para prosseguir na seleção. Subsequentemente, a Administração ao invés de dar oportunidade aos candidatos além da 1.500ª (milésima quingentésima) posição, optou por realizar novos concursos. Os autores da ação, ora recorridos, obtiveram decisão judicial definitiva para serem convocados para a segunda fase, e foram aprovados. Entretanto, antes dessa aprovação tardia, outros concursos foram concluídos e os aprovados nomeados.

Nas razões do recurso extraordinário, a União alegou violação ao artigo 37, § 6º da Constituição Federal, sustentando a imprescindibilidade do efetivo exercício do cargo para a percepção da retribuição pecuniária, sob pena de enriquecimento sem causa. Consignou, também, a existência de precedentes junto ao Superior Tribunal de Justiça adotando a tese advogada. A Procuradoria-Geral da República, por meio de seu representante, manifestou-se pelo provimento do recurso, apontando, também, divergência da tese combatida com a jurisprudência da Corte Suprema.

Luis Roberto Barroso, no voto de sua lavra, reputa que “a *jurisprudência atualmente predominante* aponta no sentido do provimento do recurso”, de modo que o pagamento de indenização referente a um período em que o candidato aprovado em certame público, e posteriormente nomeado servidor, não prestou serviços configurar-se-ia enriquecimento sem causa. O Ministro elenca vários julgados do próprio STF para fundamentar seu argumento (AI 839.459 AgR; RE 593.373 AgR; AI840.597 AgR; e AI 814.164 AgR), nos quais a justificativa de que “é indevida indenização pelo tempo em que se aguardou solução judicial definitiva sobre aprovação em concurso público” é repetida.¹⁶⁹

Cabe apontar que o fato de existirem precedentes sobre uma tese jurídico-fática não é cabal para a conclusão do magistrado. Em se tratando do Supremo

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 26.02.2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 mai. 2015.

Tribunal Federal é até comum perceber a alteração de entendimento da Suprema Corte em diversos temas. Lembre-se que em 2008 no julgamento da ADPF nº 144,¹⁷⁰ os ministros decidiram que a presunção de inocência existia até a superveniência do trânsito em julgado, contudo, em sessão de 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, a Corte alterou o entendimento anterior, no sentido de que é possível iniciar a execução da sentença penal condenatória após a confirmação da condenação em segundo grau, sem que isso ofenda o princípio da presunção da inocência previsto constitucionalmente.¹⁷¹

Por certo que as alterações de entendimento jurisprudencial de determinada corte devem ser pautadas com cautela e observância de seus efeitos. As decisões que emanam dos tribunais, notadamente do STF, são elementos fundamentais para a estabilidade e harmonia do sistema jurídico.¹⁷² Não se esqueça, contudo, que a evolução da jurisprudência e da interpretação é necessária para o ordenamento jurídico. Nessa linha o Ministro Luiz Fux destaca que essa evolução pode ser enunciada conforme a lição de Barbosa Moreira: "Só não muda de opinião quem já morreu".¹⁷³ Entretanto, a mudança deve observar a segurança jurídica, as expectativas de direito, a boa-fé e a confiança dos jurisdicionados.¹⁷⁴

Desse modo, a teoria jurídica que pressupõe que a *norma é a interpretação do texto normativo*, pressupõe uma decisão que promova a cognoscibilidade, a estabilidade, a confiabilidade e a efetividade das normas. Para tanto, é imprescindível no ordenamento jurídico a existência de precedentes vinculantes. Nesse viés, o Direito encontra sua expressão na interpretação que é dada à Constituição e à legislação pelas Cortes Supremas a partir do caso concreto.¹⁷⁵ Tem-se, então, como sendo a

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 144. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 06.08.2008. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 15 ago. 2008.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17.02.2016. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 16 mai. 2016.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais.** Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf>. Acesso em 01/08/2016, p. 12.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 26.02.2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 mai. 2015, p. 25.

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais.** Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf>. Acesso em 01/08/2016, p. 15.

¹⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas.** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 105.

função do precedente que advém desses julgados, reduzir o âmbito de equivocidade inerente ao Direito.¹⁷⁶

Importa destacar que o novo diploma legal referente ao processo civil brasileiro, Lei nº 13.105/2015, trata ainda da importância da criação dos precedentes jurisprudenciais. O art. 926 preconiza que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, ou seja, impõe-se às cortes superiores e cortes recursais que não repitam reiteradamente decisões simplesmente para desafogar o contingente de processos do Poder Judiciário, mas prolatar *decisões justas* que conjuguem critérios ligados à individualização, interpretação e argumentação referente às normas jurídicas que devem reger o caso concreto levado a juízo, observando as alegações das partes e a estruturação do processo.¹⁷⁷ O Código de Processo Civil de 2015 inclusive preconiza no art. 27, §2º, que os tribunais, ao alterarem a tese jurídica adotada nos julgamentos que visam uniformizar a jurisprudência, devem se ater às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua edição. Isso demonstra a preocupação do legislador em evitar a aplicação de uma decisão como fundamento em uma questão que verse sobre matéria fática completamente diferente, viabilizando a superveniência de injustiças.¹⁷⁸

Aqui cabe apontar crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 724.347/DF, no que tange ao argumento de que a *jurisprudência dominante* serviu de base para a conclusão em repercussão geral do processo julgado. Ora, como dito anteriormente, a edição de determinado precedente do STF deve observar vários requisitos, pois o entendimento que emana da Corte deverá ser observado por todo Poder Judiciário.

O Ministro Barroso, em seu voto, parte de uma interpretação do caso concreto e, com base em decisões anteriores, pressupõe dirimir os conflitos envolvendo milhares de pessoas que litigam no âmbito do concurso público. Ao que parece, faltou buscar melhores fontes de pesquisa para saber o que de fato seria interessante para criar o precedente. A *stare decisis*, entendida como regra que determina o dever de

¹⁷⁶ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 30.

¹⁷⁷ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 28.

¹⁷⁸ SIMARDI FERNANDES, Luis Eduardo. Comentário ao artigo 27. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. (Coords.). **Código de Processo Civil Anotado**. Disponível em: <http://www.oabpr.org.br/downloads/NOVO_CPC_ANOTADO.pdf>. Acesso em: 20/08/16, p. 1451.

respeito aos precedentes, expressão derivada do brocardo *stare decisis et non quieta movere*, visa garantir a estabilidade e confiabilidade do precedente, ou seja, assegurar a necessidade de respeito àquilo que foi decidido anteriormente, gerando confiança na sua manutenção por um período de tempo e a aplicação em casos futuros e idênticos.¹⁷⁹ A pergunta é: com base em que estudo anterior o ministro de voto vencedor decide que este julgado em específico pode ser eleito um precedente? Simplesmente verificar a jurisprudência de uma Corte, ainda que a Suprema e mais importante, não parece ser a melhor saída. Tanto é que os Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça dos Estados, Instituições e a sociedade em geral podem ter contribuições para formar a opinião dos magistrados do STF e assim criar um precedente que efetivamente possa ajudar na efetivação do ideal de justiça.

Não fogem aos olhos do magistrado os precedentes mencionados pelo Relator originário Min. Marco Aurélio nos quais o entendimento do Supremo foi no sentido inverso, ou seja, o reconhecimento de responsabilidade do Estado na nomeação tardia, condenando-o a indenizar. É destacada a antiguidade dos precedentes, bem como as excentricidades de cada um: (I) *RE nº 188.093, Rel. Min. Maurício Corrêa (julgamento - 31/08/1999)*: caso de candidata aprovada em concurso para a magistratura do trabalho que após o trânsito em julgado (05/12/1968) da decisão que determinava sua nomeação, foi preterida pela Administração. Depois de 10 (dez) anos, nos quais a candidata teve seus direitos suspensos em virtude do AI-5, entrou com nova ação e obteve a nomeação, bem como indenização do período omissis (excetuado o lapso de cassação dos direitos políticos). Segundo Barroso, “o caso envolve o descumprimento de uma ordem judicial por um regime de exceção”; (II) *RE nº 247.349, Rel. p/ o acórdão Min. Octávio Gallotti (julgamento - 29/02/2000)*: situação de soldado da Polícia Militar que teve anulada sua exclusão da corporação. Ainda que à época estivesse em estágio probatório, foi aplicado, por analogia, o regime da reintegração do servidor, com o pagamento dos valores pertinentes ao tempo que esteve afastado. Barroso consigna que nessa hipótese “o interessado já estava no exercício do cargo, o que não ocorre na hipótese”, ou seja, caso de nomeação tardia; e (III) *RE nº 194.657, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, (julgamento - 04/10/2001)*: trata-se de candidata aprovada dentro das vagas previstas em edital de concurso para Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual

¹⁷⁹ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 106.

em sessão administrativa secreta decidiu-se desclassificá-la, sem verdadeira motivação, sob o pretexto de reprovação no exame psicotécnico. O Supremo invalidou o ato e com base no precedente acima (RE nº 247.349) condenou o Estado a indenizar. Para Barroso, o litígio “envolvia uma arbitrariedade patente”.¹⁸⁰

O Ministro Barroso é enfático ao mencionar que a existência de *patente arbitrariedade*, descumprimento de ordens judiciais, litigância meramente procrastinatória, má-fé e outras manifestações de desprezo ou mau uso das instituições, são fatos extraordinários que exigem reparação adequada.

Importante destacar que no voto do Ministro Dias Toffoli, que acompanhou o Ministro vencedor, além das situações de arbitrariedade elencadas acima, acrescenta o requisito “com dolo”, possibilitando a reparação adequada pela ilicitude praticada pelo ente estatal, desde que comprovado o dano, nas palavras do magistrado.¹⁸¹

Quanto ao argumento de que em situações de arbitrariedade patente o Estado deve reparar, o Ministro Barroso, e todos os demais ministros que o acompanharam, acertadamente julgaram. Ora, é óbvio que diante de atos arbitrários e ilegais não se cogita a irresponsabilidade estatal. No entanto, o erro da Corte foi considerar que apenas nessas situações é que se impõe o dever de reparação; nos demais casos, a indenização, no entendimento veiculado, seria indevida.

Recorda-se o estudo realizado no primeiro capítulo desta pesquisa, quanto à teoria geral da responsabilidade civil do Estado. Tal como demonstrado em momento anterior, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, §6º, prescreve a responsabilidade objetiva do ente estatal pelos danos que causar. Nessa toada, destaca-se os elementos configuradores clássicos para se responsabilizar a Administração: (I) *conduta*; (II) *dano*; e (III) *nexo causal*. Não há que se falar em dolo ou culpa, uma vez que a Constituição não positivou a responsabilidade subjetiva do Estado. Se nem mesmo a culpa é exigida para gerar a responsabilidade, que sentido faz a exigência sugerida pelo Ministro Dias Toffoli de que é necessário estar presente o *dolo* para suscitar o dever de reparação do dano?

Luis Roberto Barroso, nos debates que precedem a leitura do seu voto, faz uma diferenciação um tanto confusa sobre a teoria da responsabilidade civil do

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 26.02.2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 mai. 2015.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 26.02.2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 mai. 2015.

Estado. Conclama o magistrado que a diferença entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva do Estado não é sutil. Isso porque quando o Estado se comporta de maneira inequivocamente arbitrária, conforme o pensamento exarado, a postura de aferição da responsabilidade deve ser diferente daquela responsabilidade que automaticamente se atribui ao Estado pelo dispositivo da responsabilidade objetiva constitucional.¹⁸²

Sendo assim, percebe-se uma confusão teórica entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva. Da leitura do acórdão proferido se depreende que só é devida a responsabilidade em casos em que há uma conduta estatal teratológica que gerasse dano. É extremamente prejudicial o entendimento firmado no sentido de que somente em *situações de descumprimento de ordens judiciais, litigância meramente procrastinatória, má-fé e outras manifestações de desprezo ou mau uso das instituições* haverá uma tutela indenizatória. Nessas ocasiões seria até impensável não se cogitar a reparação! Afinal, a *teoria da irresponsabilidade* própria dos Estados absolutistas não vige mais. A expressão *the king do not wrong* já foi superada e o Estado não pode causar danos a terceiros e simplesmente se eximir de reparações decorrentes de seu comportamento.

A Constituição não faz distinção de casos de “patente arbitrariedade” versus casos de arbitrariedade diminuta, pelo contrário, o dispositivo constitucional impõe a responsabilidade pelos danos causados. Grau de arbitrariedade não é requisito constitucional e a melhor interpretação da norma deveria acompanhar tal entendimento, sob pena de prejudicar as vítimas dos mandos e desmandos advindos do Poder Público.

O Relator designado reputa que em 31/10/2014 o assunto debatido nos autos em apreço era objeto de “aproximadamente 10 acórdãos e 318 decisões monocráticas do STF; 78 acórdãos e 1.714 decisões monocráticas do STJ; e 220 acórdãos dos TRFs”. Desse modo, o impacto financeiro de uma decisão em sede de repercussão geral seria vultuoso, destacando o possível *efeito cascata* sobre o tema de responsabilidade civil do Estado. Muito embora, conclui Barroso, o impacto fiscal não deva frustrar um direito onde ele patentemente exista, uma decisão como essa não é irrelevante para o Estado.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 26.02.2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 mai. 2015.

Acompanhando o ensino de Rogério Gesta Leal, com citação a Canotilho, tem-se que o constitucionalista precisa levar em conta os limites da jurisdição e reconhecer que a Constituição não deve ser visualizada com um *superdiscurso* social, pois existem circunstâncias nas quais a colisão de *discursos reais* de aplicação da Constituição terão de ser supervisionados a partir de colisões de *valores ideais* (a vida, a segurança, a integridade física, a liberdade, a saúde de todos e não de alguns) que integram o *justo* de uma comunidade bem – ou mal – ordenada.¹⁸³ Entretanto, por mais que o conflito possa parecer de difícil solução, não se pode coadunar com a conduta estatal de se esquivar das obrigações previstas constitucionalmente, sob o argumento de aspectos de ordem econômica.

Quando o Estado-Juiz utiliza como elementos constitutivos de suas decisões variáveis exclusivamente econômicas deixando de lado a dimensão social e até as contingências individuais, as quais já ficam subjugadas a aspectos alheios as suas vontades (planos econômicos, recessão, especulação imobiliária, etc.), fragiliza-as ainda mais. Afinal, o Estado-Administrador deve gerar políticas públicas com o fim de corrigir esse cenário, de modo que não é possível deixar o mercado como responsável por pautar mudanças estruturais.¹⁸⁴

Na mesma oportunidade, Barroso parece confundir *dever constitucional* com *generosidade*, pois salienta que no caso em questão ao indenizar o particular, haveria uma generosidade estatal. Afirma-se que se há inequivocamente responsabilidade da União, deve-se reparar; do contrário, isso não é possível. Justifica esse argumento com base na percepção de que “dinheiro não cresce em árvores e, portanto, qualquer dinheiro que eu dê, aqui, estou tirando ou da educação, ou da saúde, ou da Previdência. Portanto, eu tenho um certo comedimento”.¹⁸⁵

Ora, não cabe ao Poder Judiciário tentar resolver aspectos da vida em sociedade que não são de sua alçada. Quando o Ministro Barroso assevera que eventual valor indenizatório concedido seria retirado de outros setores da sociedade, em verdade está inserido numa lógica que não deveria ser o cerne da sua decisão. Se está faltando dinheiro em educação, setor de saúde e segurança, não é o Judiciário o responsável, mas sim a má administração das finanças públicas. A partir do

¹⁸³ GESTA LEAL, Rogério. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010, p. 90.

¹⁸⁴ GESTA LEAL, *op cit.*, p. 58-59.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 26.02.2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 mai. 2015, p. 34.

momento que a interpretação da norma utilizar como parâmetro a incompetência gerencial do Estado para não efetivar decisões de amparo ao particular, vítima de um comportamento estatal danoso, não se estará fazendo justiça tampouco cumprindo a norma constitucional.

Também afirma Barroso, invocando um entendimento já sedimentado pela jurisprudência, que a mera aprovação em concurso público não gera direito à nomeação, posse e efetivo exercício. Tais requisitos seriam indispensáveis para o direito à remuneração do servidor. Destaca o Ministro que “remuneração não é prêmio, mas contraprestação por serviço prestado”. Cita-se, inclusive, trecho de voto do Desembargador José Maria Rosa Tesheiner, do TJRS, no relatório RE nº 221.170:

Em termos de pura lógica, a anulação de ato administrativo produz efeitos ‘ex tunc’. Entretanto, em Direito, sobre a lógica formal prepondera a do razoável. Ora, os concursos públicos não se destinam a premiar candidatos, outorgando-lhes cargos como espólio a ser partilhado. Divergindo o juiz do administrador, afirmando aquele a nulidade de questão por este reputada válida, não soa razoável condenar-se o Estado a pagar, a candidato vitorioso, remuneração de cinco, dez ou vinte anos (recorde-se que a decisão do Judiciário pode tardar), sem que um haja prestado e o outro recebido qualquer prestação de trabalho, o que pode atender a interesses individuais, mas contraria frontalmente o interesse público e o bem comum, porque será, a final, a sociedade que suportará os ônus correspondentes.

A Lei nº 8.112/1990 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, positiva nos arts. 40 a 48, alguns conceitos sobre vencimento e remuneração do servidor público. Importa destacar que o art. 40 preconiza que “*vencimento* é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei”, enquanto o art. 41 define *remuneração*: “(...) é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei”.

De fato, remuneração e vencimento só são possíveis ao servidor público que efetivamente presta o serviço para o qual foi empossado, ressalvado o caso de reintegração (art. 29, § único da Lei nº 8.112/1990). Sendo assim, não há como pagar parcelas remuneratórias a alguém que não se encaixe nos requisitos legais. Entretanto, no pedido constante na petição inicial, nos autos em comento, os autores propugnaram pela:

a) Indenização pelo valor do prejuízo sofrido, pelo que deixaram de receber, a ser calculado considerando o valor da remuneração dos Auditores Fiscais,

classe inicial, a partir do dia seguinte em que forem nomeados os candidatos do concurso aberto pelo Edital nº33, ou seja, a partir de 13 de junho de 1996, até a data da nomeação dos autores, isto é, até o dia 25 de julho de 1997;¹⁸⁶

Na lide processual e no presente estudo não se está a advogar a obtenção remuneração ou vencimento, mas sim uma reparação pelo dano causado. O fundamento jurídico é outro: reparação de dano, decorrente do instituto da responsabilidade civil do Estado, e não vencimento ou remuneração, decorrente do trabalho prestado. A quantificação do valor da reparação deve observar as linhas diretivas da análise do caso concreto e suas peculiaridades, tal como o comportamento das partes, correspondentes posições econômicas e a intensidade do dano. É o juiz que detém a outorga de poderes amplos para determinar o *quantum* da reparação, e o faz respeitando a razoabilidade e proporcionalidade.¹⁸⁷

O valor da indenização utilizaria como parâmetro o quantitativo das remunerações não percebidas, em virtude da omissão ou conduta estatal. Ou seja, é uma indenização pelos danos sofridos e não contraprestação por serviço. Frise-se que não são conceitos coincidentes, não havendo nada que impeça a utilização desse critério de arbitramento. Sobre esse tema, o Tribunal Superior do Trabalho utiliza boa argumentação quantos aos valores a serem pagos a título de indenização. A Corte reputa que o *valor fixado* deve observar: (I) a extensão do dano sofrido; (II) o grau de comprometimento dos envolvidos no evento; (III) os perfis financeiros do autor do ilícito e da vítima; (IV) aspectos secundários pertinentes a cada caso; e (V) incumbe ao juiz fixá-lo com prudência, bom senso e razoabilidade.¹⁸⁸

Inclusive essa foi a posição defendida pelo Ministro Marco Aurélio no voto vencido, na tentativa de contra argumentar a tese de que reconhecer o direito à reparação, sem o efetivo exercício do cargo, seria legitimar o enriquecimento sem causa, pois: (I) não se trata de pretensão de receber vencimentos ou subsídios, e sim de ver o Estado compelido ao pagamento de quantia certa, em dinheiro, a título de indenização por danos materiais, típica obrigação do civilmente responsável; (II) a

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Documentos digitalizados. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4336454>>. Acesso em 20/07/16, p. 26.

¹⁸⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 200.

¹⁸⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 228369320135040221. Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 02.03.2016. Diário de Justiça Eletrônico da Justiça do Trabalho, 11 mar. 2016.

remuneração não é o objeto do pedido, mas critério para quantificar-se a reparação; (III) a responsabilização civil se impõe, por força de norma constitucional, como maneira de minimizar efeitos patrimoniais indesejados causados por conduta de agente público.; e (IV) afastar o direito à indenização implicaria negar vigência ao próprio preceito constitucional sem que a Constituição Federal preveja exceção.¹⁸⁹

Destaca-se que, de igual modo, a *simples existência de um litígio judicial* sobre concurso público é fato normal na vida de uma sociedade com instituições, e a defesa judicial pelo Estado de um ponto de vista minimamente razoável, dentro das regras do jogo, não gera dano indenizável.¹⁹⁰

Quanto a essa premissa, importa trazer à baila o voto do Ministro Teori Zavascki no qual se destaca que o dever de reparação surgido na condução dos concursos públicos não pode alcançar todas as hipóteses passíveis de judicialização. Exemplifica com o caso de impugnações ao edital que podem delongar o processo seletivo e atrasar nomeações. O Ministro afirma que em casos dessa estirpe não se aplicaria o dever de reparação porquanto, ainda que corroborem para demora na nomeação, não está configurada a *aprovação* do candidato. Ou seja, na posição defendida, só se pode advogar pela indenização estatal quando o candidato já estiver aprovado no concurso com direito à nomeação (art. 37, IV da CF), de modo que no caso dos autos não se têm candidatos aprovados, mas somente candidatos aptos para continuar nas demais fases do certame. Preconiza Zavascki que somente se pode cogitar de obrigação de indenizar, por danos materiais equivalentes ao exercício do cargo, quando a impugnação judicial tiver por objeto o próprio direito de nomeação, cuja implementação estiver sendo obstada pela Administração mediante o descumprimento dos conteúdos mínimos do art. 37, IV, da CF.¹⁹¹

Ao fim e ao cabo, no voto proferido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal à época do julgamento, Ministro Ricardo Lewandowski, consigna-se que há momentos em que a Administração pode deixar de nomear por razões várias, ou adiar a nomeação. Isso ocorre em virtude de uma zona cinzenta em que essa ilegalidade

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 26.02.2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 mai. 2015, p. 10.

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 26.02.2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 mai. 2015.

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 26.02.2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 mai. 2015, p. 47.

flagrante não se caracteriza de forma muito clara, muito evidente. Contudo acompanha o Ministro divergente.

Merece crítica o argumento da normalidade do litígio, pois não se pode aceitar que uma lesão recorrente e ilegal torne-se normal ao Judiciário. Ora, há que fazer uma diferenciação entre atos do administrador que estão na sua zona de discricionariedade e atos lesivos de direitos. Impugnações a editais, solicitações de anulação de questões, recursos contra atos da banca, dentre outras situações, *a priori*, não são ações que implicam dano aos candidatos. Certamente que não é possível generalizar essa concepção, tendo em vista que uma banca avaliadora, por exemplo, pode desclassificar determinado candidato com base em critério ilegítimo e abusivo. Nessas circunstâncias deve-se exigir correção das atitudes que não coadunam com princípios que regem a Administração e, se necessário, a questão deve ser judicializada.

Nesse viés, a posição defendida pelo Ministro Zavascki de que só os danos equivalentes ao exercício do cargo, quando a impugnação judicial tiver por objeto o próprio direito de nomeação é que merece reparação, também merece críticas. O ato ilegal da Administração em não convocar os candidatos à segunda fase do certame, aliado ao fato destes ficarem preteridos em relação aos novos concursos realizados, por si só, já são suficientes para caracterizar uma conduta ilícita e o dano aos candidatos. Imagine-se que se em todas as esferas da Administração Pública, os administradores começarem a repetir a mesma ação que gerou o litígio sob análise, não se teria um colapso do universo dos concursos públicos no país? Certamente que sim. Afinal, não convocar candidatos para as fases posteriores, preterir o seu direito de nomeação são ações impensáveis para o funcionamento de uma Administração que siga os princípios constitucionais.

Por fim, importa tecer crítica à proposta de tese para *repercussão geral*. O Plenário do STF decidiu que “na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante”.¹⁹²

Sobre a importância do instituto da repercussão geral no recurso extraordinário, convém ressaltar que a adoção da aferição de repercussão da

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 26.02.2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 mai. 2015.

controvérsia constitucional e, por conseguinte, da eficácia vinculante da decisão contribuem para concretização do direito fundamental ao processo com duração razoável. Essa vinculação se dá de forma horizontal e vertical, de modo que uma vez decidida a questão, qualquer nova apreciação, sem o fito de revisão da tese, remonta a uma dilação indevida no processamento da causa.¹⁹³

Desse modo, é completamente problemática a escolha da tese no RE nº 724.347/DF, pois abriu um espaço para arbitrariedades da Administração sem qualquer impeditivo, com exceção das “flagrantes”. O conteúdo da repercussão é genérico, não se atribuindo qualquer especificidade do que é uma conduta apta ou não a gerar o direito à indenização. Os ministros elencaram exemplos e casos concretos de algumas possíveis arbitrariedades patentes e, em sua maioria, foram situações com elemento de dolo do Administrador. Desse modo, se queriam os ministros rejeitar o art. 37, 6º da CF, mais adequado seria propor a exceção absurda de “salvo situação de dolo”. Ocorre que essa não foi a escolha do legislador constituinte. O Estado responde objetivamente pelos danos que causar e não de forma subjetiva.

Percebe-se que o resultado do julgamento não coincide com a posição adotada neste estudo. O ideal seria desprovimento do recurso extraordinário da União, mantendo a o acórdão recorrido que *assentou o direito dos candidatos aprovados em concurso público à indenização por danos materiais em decorrência da demora na nomeação determinada judicialmente*. Contudo, ainda que a Corte Suprema não quisesse seguir esse entendimento, não deveria ter julgado o recurso com repercussão geral, considerando todos os apontamentos realizados anteriormente.

3.2. OS EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL QUE RECONHECE O DIREITO DO CANDIDATO À NOMEAÇÃO

Realizada a análise do julgamento proferido pelo STF no Recurso Extraordinário nº 724.347/DF, importa explanar sobre as consequências da decisão judicial em sua gênese. Ora, sabe-se que a ordem emanada do Poder Judiciário basta para retirar a omissão ou ação estatal em não nomear o candidato aprovado no

¹⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32-33.

certame público. Se a Administração Pública não nomeia, o indivíduo adentra com o pedido de tutela jurisdicional e, havendo direito violado, o magistrado ordena que o Poder Público proceda a nomeação com urgência ou que mantenha o candidato nas fases posteriores (caso de desclassificação injusta). Resta, então, analisar qual o conteúdo dessas decisões e a partir de quando os seus efeitos devem retroagir ou não.

Dispõe o Código de Processo Civil em seu art. 203 que os pronunciamentos do juiz consistirão em *sentenças*, *decisões interlocutórias* e *despachos*. Nesse contexto, define o diploma legal que *sentença* é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução (§1º). A seu turno, a *decisão interlocutória* seria todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no contido no §1º. A figura do despacho é conceituada pelo Código como sendo todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte (§3º). O art. 204 informa que *acórdão* é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais. Sendo assim, numa acepção mais abrangente, pode-se optar que "decisão" compreende o acórdão, a sentença, a decisão interlocutória e o despacho. No entanto numa acepção mais restrita é necessário analisar com cuidado se o ato do juiz tem cunho decisório ou não.

Decisão (do latim *decisio*, de *decidere*, de *dis* e *caedere*) é o ato de vontade que implica em uma escolha ou em um julgamento. O sentido não-jurídico do termo pressupõe o ato de escolha, ou a deliberação que, em dado momento, e perante determinada situação da vida, o ser humano é obrigado a praticar. Todavia, o que importa para o presente estudo é o sentido jurídico do termo e, assim, decisão pode ser entendida como o ato jurídico pelo qual o juiz resolve uma questão ou um conjunto de questões surgidas no processo.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Nesse sentido, importa destacar que João Baptista Monteiro ao analisar a temática das *questões* dispõe que "todo o litígio, toda a controvérsia de que o processo se ocupa, é, posta ao juiz através de afirmações ou alegações que, com as contrárias, formam as questões. As questões são dirimidas pelo juiz, na qualidade de "super partes", de representante do poder estatal. Sejam questões atuais, em que uma parte afirma e outra resiste, ou por dever o juiz delas conhecer de ofício, sejam meramente potenciais porque sobre elas não se manifestou, de forma relevante, a resistência; sejam questões de ordem processual ou de ordem material; sejam questões de fato ou de direito, sobre todas tem o juiz o poder dever de se manifestar, dando ou negando a providência que for a mais própria. Cf. MONTEIRO, João Baptista. O conceito de decisão. **Revista de Processo**. São Paulo, v.23, jul./set., 1981, p. 71.

Deve-se, portanto, realizar uma análise mais percuciente sobre alguns aspectos da decisão judicial. Certamente que a doutrina contém várias posições com relação ao conceito de sentença. Não bastasse o conceito legal, os autores apontam uma interpretação do que pretendeu o legislador infraconstitucional. Logo, considerando que não é intenção esgotar o assunto da processualística civil, faz-se necessário optar por uma doutrina que satisfaça o pretendido no presente trabalho.

Acompanhando os ensinamentos de Marinoni e Arenhart, a sentença deve ser preconizada do ponto de vista da prestação da tutela jurisdicional como um todo, ou seja, desde o início da demanda até a concretização dos direitos. Sendo assim, pode ser conceituada na *etapa em que ocorre a interpretação e a aplicação do direito no processo judicial, a partir do diálogo com as partes, no intuito de resolver a controvérsia apresentada em juízo*. Apresenta-se, de igual modo, como *ato processual que assinala o momento em que o perfil de técnica processual se altera, abandonando-se as técnicas voltadas à cognição, ao que passo que entram em cena as técnicas pré-ordenadas à execução*. Ao conceber o processo como uma unidade – pré-ordenado à obtenção de um resultado no plano material – cumpre destacar que este só se encerrará com a concretização do direito da parte. Deste modo, se a proteção ao direito ocorre mediante uma tutela autossuficiente, é possível preconizar o término do processo com a sentença. Por outro lado, se a proteção pretendida só é efetivada por uma tutela jurisdicional não autossuficiente, após a prolação de sentença deve-se iniciar, dentro do mesmo processo, uma fase destinada ao seu cumprimento.¹⁹⁵

João Baptista Monteiro citando Chiovenda, bem como partindo de um conceito mais ligado ao Direito material, define a *sentença* como a provisão do juiz que, recebendo ou rejeitando a demanda do autor, afirma a existência ou a inexistência de uma vontade concreta da lei que lhe garanta um bem ou respectivamente a inexistência ou a existência de uma vontade de lei que garanta um bem ao réu.¹⁹⁶

A doutrina processual, em razão de motivos culturais e políticos de sua época, durante muito tempo classificou as sentenças em: (I) *declaratória*; (II) *condenatória*; e

¹⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 406-407.

¹⁹⁶ MONTEIRO, João Baptista. O conceito de decisão. **Revista de Processo**. São Paulo, v.23, jul./set., 1981, p. 66.

(III) *constitutiva*. No entanto essa classificação tornou-se obsoleta e insuficiente para tratar a atualidade das decisões judiciais. Há que se levar em conta que o Estado liberal fez surgir um magistrado despido do poder de *imperium*, o qual deveria proclamar apenas as palavras da lei, desse modo, as sentenças da classificação trinária (todas *lato sensu* declaratórias) refletem esse ideal ideológico. Por certo que a sentença declaratória, justamente por não determinar um fazer ou um não fazer, mostrou-se impotente, frente a questões como a prevenção do ilícito e da violação de direitos fundamentais. Em síntese, as sentenças são instrumentos ou técnicas processuais que variam conforme as necessidades do direito material se expressar em cada momento histórico e, por conseguinte, a classificação de sentenças tende a ser transitória.¹⁹⁷

Percebe-se, portanto, que classificar determinada decisão judicial (ou sentença) em um modelo pode ser uma tarefa complexa considerando que em determinado momento o método de classificação pode ser falho, principalmente, diante da especificidade do litígio.

Feitas as considerações introdutórias sobre as decisões que são proferidas, importa classificar as sentenças de procedência e suas particularidades.

(I) A *sentença declaratória*, conforme apontam Marinoni e Arenhart, declara a existência, a inexistência ou o modo de ser de uma situação jurídica, ou seja, o autor busca a eliminação de qualquer incerteza sobre tal situação. Carece que a dúvida que legitima a postulação seja referente a uma relação jurídica e não simplesmente a uma dúvida subjetiva. Outra característica fundamental concerne ao fato de que essa sentença não pode obrigar alguém a fazer ou não fazer pois sua função, de cunho clássico e proveniente do Estado liberal, é somente declarar a certeza jurídica, ao passo que não permite ao Estado intervir na esfera patrimonial do particular para impedir ou coagir na prática do ilícito.¹⁹⁸ Barbosa Moreira, em antigo estudo, também aponta esse efeito de "certificativo" da existência ou a inexistência de uma relação jurídica e que, após o trânsito em julgado, pode extinguir-se a relação jurídica declarada existente, ou nascer a relação jurídica declarada inexistente.¹⁹⁹

¹⁹⁷ MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p. 453 e 456.

¹⁹⁸ MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p. 464.

¹⁹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. **Revista de Processo**. São Paulo, v.34, abr./jun., 1984, p. 277.

(II) Por sua vez, a *sentença constitutiva* pode criar, modificar ou extinguir uma situação jurídica. Há que esclarecer que todas as sentenças contêm declaração, portanto, antes de constituir a sentença necessariamente precisa usar uma carga declaratória. Trata-se de modalidade classificada em autossuficiente, porquanto a prolação dessa decisão basta por si, não necessitando de qualquer outro ato para torná-la efetiva.²⁰⁰

(III) A seu turno, a *sentença condenatória* está ligada à prestação de uma tutela repressiva contra o dano, não sendo efetiva para a tutela preventiva contra o ilícito. Tem-se a carga declaratória como pressuposto da condenação e se difere da sentença declaratória *stricto sensu* pois, ao condenar, o magistrado abre oportunidade para a execução forçada para seu cumprimento.²⁰¹

(IV) A *sentença mandamental*, diferente dos valores clássicos do Estado Liberal, permite ao juiz tutelar o direito do autor forçando o réu a adimplir sua ordem. Ou seja, há o poder de *imperium*, bem como a coerção da vontade do réu.²⁰² Aponte-se que diferente da sentença executiva, que também atua por meio de ordens do juiz, a sentença mandamental age sobre a vontade da parte e não sobre o seu patrimônio.²⁰³

(V) Por fim, a *sentença executiva*, conforme a visão preconizada por Marinoni e Arenhart, é aquela que se realiza por meio dos meios de execução direta adequados à tutela específica do direito e ao caso concreto, conforme alude o art. 536 do CPC.²⁰⁴

Elencada a classificação acima é cediço que o exercício de adequar as sentenças prolatadas pelo Poder Judiciário em apenas uma categoria é praticamente impossível, frente a todas as relações jurídicas advindas do cotidiano das pessoas. Em várias situações é possível ter uma sentença que ao mesmo tempo que *declara* a existência de uma situação jurídica, *condena* o réu ao pagamento de determinada quantia ou *determina* uma obrigação de fazer. Frise-se que essa constatação não é inconveniente, pelo contrário, apenas atesta que os provimentos judiciais podem assumir várias facetas a fim de garantir o alcance do direito às partes.

²⁰⁰ MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p. 464-465.

²⁰¹ MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p. 465-467.

²⁰² MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p. 467-468.

²⁰³ OLIVEIRA Carlos Alberto Álvaro de. O problema da eficácia da sentença. **Revista de Processo**. São Paulo, v.112, out./dez., 2003, p. 18.

²⁰⁴ MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p. 469.

Há que se mencionar que as sentenças elencadas acima são apenas técnicas que permitem a prestação da tutela jurisdicional, todavia, para além da modalidade de sentença importa também os meios de execução que o ordenamento dispõe para sua efetividade. Isso implica reconhecer a mobilidade e plasticidade do sistema processual: os direitos podem ser tutelados de várias formas diferentes, inexistindo uma rígida ligação entre técnica processual e tutela dos direitos.²⁰⁵

Sendo assim, deve-se explanar sobre a tutela específica dos direitos, por meio da qual, nos casos em que a sentença por si só não basta para garantir a satisfação da pretensão, será possível conferir ao autor o cumprimento de todas as obrigações a que tem direito. Desse modo, considerando a temática aqui em análise, não se faz necessário elencar todas as tutelas disponíveis no Direito brasileiro, mas sim trazer à baila as tutelas que permeiam o caso das decisões que nomeiam os candidatos aprovados em concurso público, ainda que tardiamente.

Num primeiro momento, interessa mencionar a *tutela de remoção do ilícito*. Destaque-se a imprescindível diferença entre *ilícito* e *dano*. Numa sociedade contemporânea existem inúmeras normas que visam proteger o interesse público, de modo que as supervenientes violações devem ser combatidas e imediatamente corrigidas. Nesses casos não importa necessariamente o ressarcimento do dano, pois este pode nem ter ocorrido, e nem a punição do transgressor. Em verdade, importa para a tutela da remoção do ilícito dar efetividade à norma outrora violada. Destarte, permite-se o restabelecimento da situação que era anterior ao ato contrário ao direito, ou mesmo que se retorne ao contexto antes da não observância da norma. Não se confunde com o ressarcimento de eventual dano.²⁰⁶

Outra tutela que merece apontamento refere-se à *tutela ressarcitória na forma específica e na forma equivalente*. Nessa modalidade a tutela é voltada para o dano em si, diferentemente da tutela de remoção do ilícito mencionada anteriormente, de modo que se pressupõe a existência de responsabilidade fundada em culpa ou dano do agente causador, ou seja, uma correlação do evento danoso que se exprime por meio da imputabilidade.²⁰⁷ Não é regra que essa tutela vise o pagamento de quantia em dinheiro pelos danos causados, pelo contrário, é possível que a reparação do dano se dê por meio de uma obrigação de fazer, por exemplo. Todavia, nos casos em que

²⁰⁵ MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p. 472.

²⁰⁶ MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p. 488.

²⁰⁷ MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p. 489.

o dano ou a obrigação inadimplida não podem ser objeto de tutela específica, deve-se primar pela tutela de reparação na *forma do equivalente* monetário à lesão sofrida,²⁰⁸ tal como preconiza o art. 499 do CPC.²⁰⁹

Feitas essas explanações, convém visualizar a problemática do candidato aprovado e nomeado tardiamente. O questionamento inicial aqui proposto é: *qual a classificação da decisão que nomeia tardiamente o candidato aprovado em concurso público?* Certamente a pergunta não tem resposta uníssona, considerando que nem todas as decisões são iguais e que os personagens são diversos. Todavia, é possível estabelecer similaridades entre as lides e recuperar aspectos importantes dos provimentos judiciais.

Os mandados de segurança impetrados perante o Superior Tribunal de Justiça objetivaram, inicialmente, a segurança para garantir aos candidatos participarem da segunda etapa do concurso, tendo em vista a omissão estatal. Depois do trâmite dos recursos nº 3137-6; 3149-0; 3153; 3158-8; 3159-7; 3161-9; 3307-7; 3310-7; 3321-2 e 3322-0, o pedido foi concedido e os impetrantes/candidatos realizaram a pretendida etapa. Ou seja, a decisão aqui declarou existente a situação jurídica – candidatos podem realizar a segunda fase – ao passo que ordenou à Fazenda Pública a cumprir o chamamento dos indivíduos. Claramente uma sentença de cunho declaratório e mandamental. A forma de tutela nessas decisões foi no sentido de remover o ilícito, pois havia uma omissão (não convocar) e um ato ilícito (preferir os candidatos diante da abertura de novos concursos).

Tal como mencionado anteriormente, essa forma de tutela visa o “restabelecimento da situação que era anterior ao ato contrário ao direito”, sem reparar danos causados, afinal, não é sua função. Qual seria a situação anterior? Certamente a aprovação dos candidatos. Conforme consta da exordial, ainda com o edital de abertura que os autores participavam em andamento (Edital nº 18/ESAF), a Administração Pública abriu novo concurso para o mesmo cargo (Edital nº 33/ESAF) e os candidatos aqui aprovados foram nomeados antes dos demais, demonstrando uma total ilegalidade por parte do Estado. Ou seja, o ilícito a ser removido foi exatamente o ato de preferir e a omissão em não chamar. O Judiciário ordenou a retirada desses óbices, mas não conseguiu restabelecer efetivamente o contexto pré-

²⁰⁸ MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p. 494.

²⁰⁹ Art. 499 do CPC/2015: A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

violação da norma. Fato é que os candidatos só foram nomeados em data longínqua daquela que lhes seria própria e é exatamente por isso que há dano, ensejando a propositura de ação em busca de uma tutela ressarcitória pelo equivalente. Objetivamente o quadro é: *deve-se remover a ilicitude a fim de a norma seja observada, retornando-se ao contexto anterior à violação. Se não é possível voltar no tempo e nomear os candidatos, a reparação pelo equivalente ao dano é medida que se impõe.*

No caso do julgamento do Supremo Tribunal Federal, vê-se que a decisão confirma a omissão estatal em não nomear os candidatos ao cargo de Auditor-Fiscal, mas não reconhece o direito à indenização pelo período que os indivíduos ficaram privados da oportunidade de exercê-lo. Ora, o acórdão proferido tem *carga declaratória* pois retira a incerteza que pairava sobre a situação jurídica: *o Estado devia ter oportunizado a participação do candidato nas fases posteriores?* A resposta unânime foi no sentido positivo. Sendo assim, garantiu-se o direito aos autores. Todavia, o acórdão que somente *declara* é insuficiente neste caso, pois se reconhece que há uma ilicitude, mas não se aplica tutelas visando à reparação dos seus efeitos.

Percebe-se que diante da declaração de existência prévia do direito dos candidatos aprovados para cargo de Auditor, ou seja, o reconhecimento de que deveriam ter participado das etapas do concurso, era impossível concessão de uma tutela específica ou ressarcitória na forma específica, sendo necessária uma tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário. Note-se que o fundamento do pedido dos autores era justamente uma justa indenização equivalente aos valores não percebidos em função da omissão do Estado. Não se buscava a tutela específica do pagamento de vencimentos e remuneração, mas sim uma quantia que fosse adequada para amenização dos prejuízos sofridos.

Com efeito esse foi o posicionamento do Ministro Luiz Fux no voto vencido do julgamento do Recurso Extraordinário analisado no item 3.1 deste capítulo. Reputou o magistrado que os provimentos judiciais que definem direitos têm eficácia *ex tunc*, ou seja, “a pessoa sempre teve direito, desde a data da propositura”. Na mesma linha de raciocínio, esclarece-se que os pronunciamentos em matéria de

nomeação de concurso público são *declaratórios*, posto que declaram que a pessoa sempre teve o direito de ter tomado posse e de ter exercido a função.²¹⁰

Conclui-se, portanto, que os efeitos da provisão judicial, no caso em tela, deveriam retroagir desde a data em que os candidatos foram privados do direito à nomeação. Não optar por esse entendimento vai contra o primado de decisão em sentido *lato*, a saber, *resolver a controvérsia apresentada em juízo*, pois não se dará a resposta mais adequada à violação ao direito, ao passo que se nega a tutela devida ao demandante.

3.3. A EXISTÊNCIA DOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DA RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO EM MATÉRIA DE NOMEAÇÕES TARDIAS

Conforme tratado no primeiro capítulo deste estudo, a responsabilidade civil do Estado pode assumir diversos contornos. São vários os atos que podem ensejar uma modalidade reparatória para os casos em que a Administração Pública lesiona o administrado. Em que pese já se tenha debruçado sobre o tema, há que se examinar a responsabilidade civil do Estado por omissão no caso em análise, ou seja, a nomeação tardia do candidato aprovado em concurso público. Sendo assim, torna-se imprescindível retomar as conclusões e fundamentos dos capítulos anteriores a fim de se verificar a existência de elementos configuradores da omissão estatal e, por conseguinte, a exigência do dever de indenizar.

Cabe enfatizar que a omissão resta caracterizada quando há o dever jurídico de agir expressamente delimitado na norma jurídica, o que permite chegar ao entendimento de que não é possível admitir um ato estatal *omissivo lícito*, mas somente revestido de *ilicitude*.²¹¹ Ou seja, se não há dever legal de agir, não há omissão e não há responsabilidade.²¹² Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 elenca a responsabilidade objetiva pelos danos que o Estado causar ao particular, excetuando a necessidade de comprovação de culpa, sendo assim, torna-se inadmissível a consideração da culpa (responsabilidade subjetiva) para afirmar-se

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 26.02.2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 mai. 2015, p. 30.

²¹¹ GABARDO, Emerson; RAZUK, Nahima Peron Coelho. **Responsabilidade civil do Estado por atos...** *Op. cit.*, p. 118.

²¹² GABARDO, Emerson. **Responsabilidade objetiva do Estado em face...** *Op. cit.*, p. 268.

o dever de indenizar, tanto para ações quanto para as omissões estatais, como visto durante o estudo.

Frise-se que parte da doutrina e da jurisprudência não compactua com o entendimento acima. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, reputa que a reparação por omissões estatais não se enquadra na modalidade objetiva, porquanto é necessário para a configuração do dever ressarcitório o elemento tipificador da responsabilidade subjetiva, a saber, a culpa ou o dolo. Deste modo, se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência (elementos contrários à ideia de culpa), isentar-se-ia da obrigação de indenizar, confrontando os pressupostos da responsabilidade objetiva, em que a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito produzido por ele já seriam suficientes para o estabelecimento do dever de indenizar.²¹³

Não se coaduna com o administrativista, pois conforme posição contrária preconiza, o elemento culpa só é imprescindível contra o agente causador do dano em ação regressiva. E não se advoga pela alteração do papel do Estado, no sentido de torná-lo *segurador universal* de toda coletividade, pois a própria *teoria do risco administrativo* utilizada como fundamento para a responsabilidade objetiva, preconiza as chamadas *excludentes* e *atenuantes* do dever de reparar pertencente ao Estado.²¹⁴ Dessa forma, estando presentes situações de *culpa exclusiva da vítima*, *culpa de terceiro*, *força maior* ou *caso fortuito*, o Estado exime-se de indenizar o particular.

Quanto à culpa, importa destacar, ainda, que “encontrar a culpa implica necessariamente pressupor a omissão, mas encontrar a omissão não implica, necessariamente, a denotação de culpa”.²¹⁵ Alguns cenários ilustram de forma eficiente o preceito acima, por exemplo, nos momentos em que há previsão expressa na Constituição quanto ao prazo específico para nomeação de candidato aprovado e classifica em concurso público. Não havendo nomeação no prazo legal, está configurada a omissão, o ilícito, o dano e, por consequência lógica, o dever de reparação. Verifique-se que independentemente da culpa ou dos motivos do administrador, opera-se o direito à indenização.

Assim como abordado no capítulo 2 do presente trabalho, ao abrir um edital de seleção por concurso público, é imperioso ao administrador saber se há dotação

²¹³ MELLO, *op. cit.*, p. 1004.

²¹⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Problemas de Responsabilidade Civil...** *Op. cit.*, p. 55.

²¹⁵ GABARDO, Emerson. **Responsabilidade objetiva do Estado em face...** *Op. cit.*, p. 282-284.

orçamentária com saldo suficiente para satisfazer as despesas que os novos servidores trarão ao exercício financeiro em que os aprovados serão nomeados. Não havendo, é necessário que se abra o devido processo de suplementação de dotação orçamentária, a qual eventualmente pode depender de autorização legislativa. Até esse procedimento se findar, o processo administrativo do concurso público deve ficar sobrestado, aguardando a devida autorização.²¹⁶

Sendo assim, não restam dúvidas que ao não nomear o candidato aprovado em certame público, o Estado incorre em omissão pois deixa de agir quando há expresso dever jurídico delimitado na norma.

Ora, retomando as ideias aqui tratadas, ao se pressupor que “o edital é a lei do concurso”, preconiza-se que todos os atos que regem o concurso público estão interligados e devem obedecer ao edital, ou seja, o instrumento que convoca os candidatos interessados em participar do certame regulamenta os ditames a serem seguidos. Com efeito, o edital concerne ao ato normativo editado pela Administração Pública, visando disciplinar o processamento do certame público e, diante da atribuição legal do ente público em criar o ato, contém a característica de *subordinação total à lei* e a *força vinculante* do edital frente a candidatos e Administração, os quais não podem se afastar de suas disposições salvo nas previsões que conflitem com regras e princípios superiores, o que acarretaria, em tese, a ilegalidade ou inconstitucionalidade de tais preceitos.²¹⁷

Além disso, o Supremo Tribunal Federal já manifestou no julgamento do Recurso Extraordinário nº 598.099/MS que dentro do prazo de validade do concurso, a Administração Pública poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá deixar de nomear o aprovado dentro das vagas do edital, porquanto constitui-se um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público levando em conta o princípio da vinculação ao edital. O Ministro Gilmar Mendes, relator do processo, ainda salienta que o dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público, consoante o princípio da segurança jurídica no Estado de Direito.²¹⁸

²¹⁶ GASPARINI, *op. cit.*, p. 54.

²¹⁷ MOTTA, Fabrício. **Concurso público e a confiança na atuação administrativa...** *Op. cit.*, p. 144.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 598.099. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10.8.2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30 set. 2011, p. 325.

Se o candidato tem o direito garantido à nomeação quando aprovado dentro do número de vagas do edital, ao passo que se configura como dever da Administração promover esse ato, a inércia do administrador quando deveria agir configura-se como uma omissão. Portanto, há que se verificar os pressupostos da responsabilidade por omissão do Estado, a fim de se advogar pelo inequívoco dever de reparar.

Parcela da doutrina²¹⁹ manifesta-se que para configuração da responsabilidade por omissão é necessário configurar o elemento tipificador da *culpa* (negligência, imperícia e imprudência), de modo que se for comprovado que o Poder Público infringiu o *dever especial de diligência*, permite-se a responsabilização estatal quando houver atuação de modo displicente, descuidado, inábil, configurando, desse modo, uma conduta ilícita.²²⁰ Para tanto deve-se comprovar que o administrador agiu com culpa a fim de preconizar a responsabilidade subjetiva estatal.

Questiona-se como é possível caracterizar a omissão em não nomear candidatos no campo da culpa? Em que momento o Estado fere o dever especial de diligência? Ora, não é necessário grande esforço para notar que essa omissão é totalmente desprestigiada de legitimidade. No entanto, é oneroso ao particular levantar essa questão perante o Judiciário a fim de conseguir a tutela de seu direito. Tem-se numa lide processual a necessidade de se realizar a instrução para verificação da culpa, ou não, do Administrador o que pode demorar vários anos para se estabelecer. Aí a parte autora, que já sofreu com os danos causados pelo ente estatal, precisa suportar o ônus temporal enquanto a Constituição Federal sequer estipula a responsabilidade subjetiva pelas lesões cometidas pelo Poder Público.

Cumprе destacar que no julgamento do Recurso Extraordinário mencionado anteriormente, a Corte Suprema elencou as situações em que se permite à Administração não nomear o candidato aprovado em concurso público, classificado dentro das vagas previstas em edital e apto a preencher quadro de servidores junto ao Poder Público. São elas: *superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade*, conforme analisado de forma percuciente no quarto item do segundo capítulo. Não incidindo nenhuma das hipóteses, sempre haverá o dever de respeitar o direito subjetivo à nomeação, nomeando-se os candidatos.

²¹⁹ Expoentes da doutrina do Direito Administrativo Brasileiro, como Celso Antonio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zenella de Pietro são adeptos dessa corrente de pensamento.

²²⁰ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 1338.

Assim, o Administrador que não nomeia os candidatos e não fundamenta essa inércia nas exceções admitidas pelo STF incorre em omissão e a culpa é presumível. Em síntese, ainda que se preconize a reponsabilidade subjetiva nos casos de omissão estatal, no presente estudo é perceptível que ao não nomear, há omissão e culpa e, por conseguinte, dever de indenizar.

Todavia não há que se falar em responsabilidade subjetiva nos casos de omissão, mas sim em responsabilidade objetiva nos termos da Constituição. Para tanto, relembre-se a teoria da *faute du service* no Direito Francês.

Primeiramente destaca-se a distinção entre *faute personnnelle* e a *faute du service*. A primeira está relacionada com a falta pessoal do agente público, causador do evento danoso, desde que desvinculado do serviço público. Em tais situações não se trata do descumprimento do dever de eficiência do ente estatal, mas de manifestações exclusivas do agente.²²¹ Já uma formulação clássica da teoria remonta a Paul Duez, para o qual a *faute du service* tem incidência sempre que o serviço funcionar mal, não funcionar ou funcionar atrasado.²²² Ademais, a doutrina francesa atesta que a teoria se aplica a situações em que é impossível ou inútil identificar o autor do prejuízo causado, pois a má organização do serviço ou o funcionamento defeituoso é que foram responsáveis pelo dano, sem qualquer falta ou culpa de um agente público. Ou seja, a partir do momento que não se exige a ocorrência de uma falta pessoal, a noção de culpa torna-se secundária, predominando, por outro lado, a noção de “dano por funcionamento do serviço público”.²²³ Explane-se, ainda, que só incorre numa falta (ou *faute*) quando há o desvio de comportamento, ou seja, a norma preconiza uma ação ou omissão, contudo, não se atende o comando legal. Percebe-se, enfim, que a doutrina francesa não relaciona *faute* à noção tradicional de culpa (negligência, imperícia e imprudência).²²⁴

Ao fim e ao cabo, a própria teoria estrangeira da *faute du service* não preconiza a ideia de culpa. Fundamentalmente, a omissão que enseja reparação é aquela que deriva do descumprimento de determinado dever jurídico pelo Estado, de modo que se abstrai da ideia de culpa, configurando-se uma responsabilidade de natureza objetiva.²²⁵ Então se o Estado tem o dever de nomear e não o faz, deve-se

²²¹ MORAND-DEVILLER, Jacqueline *apud* HACHEM, *op. cit.*, p. 1136

²²² DUEZ, Paul *apud* HACHEM, *op. cit.*, p. 1138.

²²³ TEISSIER, Georges *apud* HACHEM, *op. cit.*, p. 1138.

²²⁴ PLANIOL, Marcel *apud* HACHEM, *op. cit.*, p. 1139.

²²⁵ MARIENHOFF, Miguel S. HACHEM, *op. cit.*, p. 1141.

reparar o particular de forma objetiva, pois é cediço que o serviço público não funcionou, funcionou mal ou funcionou tardiamente.

Verifica-se, portanto, que o ato de não nomear o candidato aprovado e nomeado tardiamente é uma conduta omissa e merece o tratamento dado pelo art. 37, §6º da CF, a saber a responsabilidade objetiva pelos danos que causar. Ora, a culpa ou dolo do funcionário não importa à vítima, somente para o próprio Estado que a seu tempo pretenderá a restituição ao erário, por meio de ação regressiva, conforme se verá a seguir.

3.4. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO ORDENADOR DE DESPESAS PELA VIA REGRESSIVA

Já fora dito em momento anterior que o administrador tem o dever de possuir um planejamento eficiente, bem como uma execução orçamentária responsável, no momento da abertura do edital do concurso público. Isso ocorre pois é neste momento que o Estado declara que é capaz de arcar com as despesas que os novos servidores trarão aos cofres públicos.²²⁶

Tal como demonstrado, os aspectos financeiros são extremamente importantes para a efetivação dos concursos públicos. Com a publicação do edital faz-se necessária a existência de uma receita pública para o custeio do trabalho a ser desenvolvido pelo futuro servidor. Consequentemente, não é possível conceber um concurso público sem que haja cargo vago a ser preenchido, ou ainda a possibilidade financeira de suportar esse gasto.²²⁷

Anteriormente, expôs-se que o modelo adotado pelo art. 37, §6º, da Constituição Federal é o da responsabilidade objetiva do Estado pelos danos que causar aos particulares. No entanto, o constituinte ressalvou o direito de regresso contra o agente público que deu causa à lesão, desde que comprovado o dolo ou culpa.

Relembre-se que a legislação infraconstitucional fornece alguns ditames legais para a regulação da figura processual da ação regressiva. No âmbito federal, a Lei nº 4.619/1965 disciplina, por exemplo, que: (a) trata-se de um dever (e não uma liberalidade) da Administração promover o restabelecimento financeiro dos cofres

²²⁶ VARGAS, *op. cit.*, p. 262.

²²⁷ DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 09.

públicos desfalcados pela indenização ao particular, justamente por se tratar de uma matéria de interesse público, cuja indisponibilidade não é possível (art. 3º); (b) a ação poderá ser ajuizada mesmo após a cessação do exercício do cargo/função pública, seja por disponibilidade, aposentadoria, exoneração ou demissão, incluindo a possibilidade de se estender aos herdeiros ou sucessores do servidor (art. 5º); e (c) chance de desconto em folha de pagamento (art. 6º). A seu turno, a Lei nº 8.112/1990, também de âmbito federal, no art. 122, §§2º e 3º, disciplina o dever estatal em promover a ação de regresso, bem como que a obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e herdeiros, até o limite da herança.

Faz-se necessário, considerando as observações realizadas até esta etapa da pesquisa, analisar a figura do ordenador de despesas. Consoante o art. 80, §1º, do Decreto-Lei nº 200/67, o *ordenador de despesas*, em âmbito federal, pode ser definido como toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda. Certamente que com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, o ordenador de despesas assume novo papel de importância no tocante à responsabilidade, pois a legislação exige, como condição de validade de atos específicos, não apenas que se ordene a despesa, mas que se proceda previamente a análise dos fatores que ensejam ou não a sua regularidade e avalie ainda a compatibilidade do ato com o orçamento, com a lei de diretrizes orçamentárias e com o plano plurianual.²²⁸

Sendo assim, é importante conceituar os atos que emanam da atividade do ordenador. O *empenho de despesa*, nos termos do art. 58 da Lei nº 4.320/1964, é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição. No entanto, antes de autorizar qualquer despesa o responsável deverá observar o seguinte: (I) Registrar que a despesa cumpre os programas de trabalho previstos no Plano Plurianual - PPA, na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, na Lei Orçamentária Anual – LOA e no plano interno de previsão de despesas do órgão, como o Planejamento Estratégico; e (II) Verificar as restrições financeiras à emissão de empenho em relação ao limite dos

²²⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O ordenador de despesas e a Lei de Responsabilidade Fiscal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 38 n. 151 jul./set. 2001, p. 153.

créditos concedidos, tal como disposto no art. 59 da Lei Federal nº 4.320/1964.²²⁹

Ademais, com o fim de não se permitir a alegação de erro ou negligência, visando a exclusão da tipicidade penal, a Lei de Responsabilidade Fiscal estabeleceu que, no ato de empenho, compete ao ordenador de despesas verificar a adequação entre o valor empenhado e o orçamento.²³⁰

A Constituição Federal é enfática no art. 70, § único, quanto ao dever de prestar contas de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. Levando em conta o princípio da simetria, por certo que essa disposição alcança todos os entes federais, não só a União.

Frise-se, porém, que muito embora o ordenador de despesas seja de suma importância para as contas e finanças do Estado, há outros personagens que compõem o quadro de responsáveis: (I) A autoridade ou responsável por bens públicos tem um campo de funções mais amplo que o ordenador, de modo que funções desempenhadas pela autoridade responsável abarcam àquelas desempenhadas pelo ordenador de despesas. Dentre suas competências está a de deferir a realização de despesas, além de ser responsável pela administração dos haveres públicos. Submetem-se de igual modo à fiscalização orçamentária, financeira, contábil, patrimonial e operacional; (II) o gestor fiscal, a seu turno, enquadra-se como o dirigente máximo do poder, sendo responsável pelo cumprimento das regras estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal.²³¹

Para todos os efeitos, como se verá a seguir, a legislação trata da responsabilidade dos agentes públicos quanto às finanças de forma semelhante, e às vezes não menciona a distinção acima. O art. 90 do Decreto-Lei nº 200/1967 reputa que “responderão pelos prejuízos que causarem à Fazenda Pública o ordenador de despesas e o responsável pela guarda de dinheiros, valores e bens”. A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 101/2000) menciona a responsabilidade do ordenador nos arts. 15, 16 e 17, elencando que é irregular e lesivo o aumento de despesa sem

²²⁹ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Manual do Ordenador de Despesas**. Brasília: CNMP, 2014. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/COMPLETO_Manual_d_o_Ordenador_WEB.pdf>. Acesso em 22/08/16, p. 10.

²³⁰ FERNANDES, *op cit.*, p. 157.

²³¹ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Manual do Ordenador de Despesas**. Brasília: CNMP, 2014. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/COMPLETO_Manual_d_o_Ordenador_WEB.pdf>. Acesso em 22/08/16, p. 15.

declaração do ordenador de que existe dotação específica e suficiente na Lei Orçamentária Anual e de que o aumento está previsto dentro dos objetivos, prioridades e metas do Plano Plurianual e Lei de Diretrizes Orçamentárias. A Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa também destaca algumas das responsabilidades do ordenador de despesas: (I) Conforme o art. 4º, “os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”; (II) Nos termos do art. 5º, em caso de lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiros, dar-se-á o integral ressarcimento do dano; (III) O art. 10 preconiza que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas na lei; e (IV) Caracteriza-se como ato de improbidade administrativa, conforme art. 11, aquele que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Destaque-se que existem algumas situações que eximem o ordenador de despesas de reparar eventual prejuízo ao erário público em caso de dano. Se o superior do ordenador de despesas proferir uma ordem da ordem escrita, na qual a ilegalidade não for manifesta, e tendo o ordenador de despesas informado à autoridade superior a respeito dessa circunstância, não se pode imputar responsabilidade. Neste caso, os órgãos de controle devem citar o superior hierárquico para se processar sua eventual responsabilidade, respeitando a ampla defesa e o contraditório. Em hipótese de acatamento de ordem manifestamente ilegal, desde que provado que o subordinado a obedeceu, impõe-se a responsabilidade solidária na reparação da lesão.²³²

Ou seja, preconizar a responsabilidade do ordenador de despesas nos casos em que se abre edital de concurso público para preenchimento de vagas e, por exemplo, não se verifica se há dotação orçamentária suficiente para esse encargo, é totalmente plausível e defensável. Ora, antes de se realizar o certame, deve-se estudar percutientemente a viabilidade deste ato, considerando a abrangência que o

²³² FERNANDES, *op cit.*, p. 155.

edital tende a alcançar. Diante disso, algumas situações são possíveis de exemplificação.

Publica-se edital de concurso público, mas não se verifica a existência de dotação orçamentária para tanto, ou seja, os candidatos serão aprovados, mas não tomarão posse pois não há previsão no orçamento. Se não houver suplementação da dotação a fim de prover os cargos, e o Estado alegar alguma das hipóteses em que o direito subjetivo à nomeação não é aplicado - *superveniência*, *imprevisibilidade*, *gravidade* e *necessidade* – pode-se cogitar que os candidatos realmente não poderão ser nomeados, contudo, o Estado responde pelos danos que causou aos aprovados e demais lesados. Não obstante a responsabilidade objetiva do Estado prevista constitucionalmente, este tem o direito de regresso contra o agente público - quer seja o ordenador de despesas ou quem esteja no comando dessa função - que agiu dolosamente ou negligentemente, não observando a necessidade de dotação prévia para o concurso.

Outra hipótese possível é quando por falta de planejamento financeiro e ausência de dotação, as nomeações dos aprovados são realizadas de forma tardia. Postula-se exatamente a solução proposta neste trabalho: responde o Estado objetivamente pelo atraso nas nomeações e, comprovado o dolo ou negligência do agente público, deve propor ação regressiva pelo prejuízo causado em virtude do serviço mal prestado. Certamente que os entes estatais teriam um funcionamento mais eficiente, com maior observância dos princípios norteadores da Administração Pública, gerando menos danos aos administrados em geral.

Frise-se que o Supremo Tribunal Federal tem firmado seu entendimento quanto à responsabilidade dos agentes públicos que causam prejuízo ao erário nos termos do art. 71, II, da Constituição Federal.²³³ Conforme os precedentes da Corte, reconhece-se que a competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas de todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei e outras

²³³ Art. 71, II, da Constituição Federal: O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

II - Julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

cominações, tal como multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos.²³⁴

Ao fim e ao cabo, cumpre destacar que é inequívoca a responsabilidade do agente público que ocupa a função de ordenador de despesas quando em virtude de conduta culposa ou dolosa, lesiona o particular. Permitir a irresponsabilidade nestes casos só aumenta a ineficiência no exercício de uma função pública de qualidade.

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 356.209. Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 01.03.2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 25 mar. 2011. Nesse mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.961. Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 24.11.2004. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 04 mar. 2005; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.880. Rel. Min. Eros Grau. Brasília, DF, 07.02.2007. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 16 mar. 2007.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 disciplinou a responsabilidade objetiva dos Estado pelos danos que causar ao particular. Nesse contexto, quando a Administração Pública atua a fim de atender os anseios da sociedade e, em virtude do exercício do poder lesiona o cidadão, deve-se providenciar o ressarcimento desse prejuízo. Essa é justamente a finalidade da responsabilidade preconizada pelo Constituinte: recomposição do status quo ante do cidadão lesado, da forma mais eficiente possível, numa tentativa de suprimir todos os danos (e efeitos) causados. Independente da ilicitude ou licitude da conduta, a obrigação indenizatória está configurada levando em conta a existência de lesão a direito juridicamente protegido, a certeza do dano e a sua especialidade.

Observou-se no decorrer do trabalho que a responsabilidade objetiva do Estado só é afastada em onde o nexo causal entre o comportamento estatal e o dano, não existir. Ou seja, o Estado só se exime de indenizar quando não produziu a lesão, ou se a situação de risco que lhe é imputada inexistiu, e se a ação foi sem relevo decisivo para o evento danoso. Figuras como o caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima (culpa exclusiva da vítima ou conduta da vítima), fato exclusivo ou concorrente de terceiro ensejam a atenuação ou até a exclusão do dever de reparação.

O Art. 37, §6º, também positiva o direito de regresso cuja titularidade pertence à pessoa jurídica revestida da função administrativa pública, no sentido de que o Estado deve perseguir o agente público que foi responsável por determinado dano. Nesse caso, a recomposição dos prejuízos imputados ao patrimônio do ente público será suportada pelo seu agente. Certamente que se deve respeitar o duplo regime de responsabilidade, no qual o particular lesado busca sua reparação inicialmente perante o Estado e, após comprovada a culpa ou o dolo do agente público, o ente estatal postula ação regressiva contra este.

Sobre a responsabilidade do Estado nos casos de omissão impõe-se que esta deve se dar pelo viés objetivo, pois a não obrigatoriedade da comprovação do elemento subjetivo, privilegia a posição da vítima considerando que para êxito em sua demanda só se exige a constatação do dano, bem como do nexo de causalidade. Nesse ínterim, constatou-se que à luz da *faute du service* não se faz necessária a

perquirição do agente responsável pelo *dano*. Basta que o serviço não funcione, funcione mal ou funcione tardiamente e, em tese, o dever de reparar estaria configurado. Ademais, concluiu-se que o uso da *faute du service* torna-se equivocado quando invocado no Direito brasileiro para tratar da responsabilidade por omissão, tendo em vista que no Direito francês sua formulação é totalmente distinta.

Posteriormente, numa análise sobre o instituto do concurso público e sua regulamentação jurídica constatou-se que a Constituição Federal de 1988 no art. 37, II, determina que a investidura em cargo público só é possível mediante a aprovação em concurso público, ressalvados os casos admitidos em lei. Portanto, importa destacar o caráter de processo administrativo a essa figura de seleção, de modo que há um conjunto de fases e procedimentos que lhe são próprios.

Não se pode olvidar da importância da questão orçamentária para o certame público. Tal como abordado no segundo capítulo, com a publicação do edital faz-se necessária a existência de uma receita pública para o custeio do trabalho a ser desenvolvido pelo futuro servidor. Desse modo, não é possível deflagrar o processo administrativo de concurso público sem que haja cargo vago a ser preenchido, ou possibilidade financeira de suportar esse gasto. A Lei de Responsabilidade Fiscal preconiza como ilegal e nulo o ato que aumenta despesa sem a devida previsão legal. Portanto, as alegações por parte do Estado no sentido de que um concurso deve ser interrompido e/ou não pode ser concluído, sem o devido preenchimento das ocupações remuneradas listadas em edital, sob justificativa de insuficiência de recursos financeiros, não deve prosperar porquanto na publicação do edital já se havia (ou deveria existir) a previsão do impacto financeiro.

Por força do princípio da vinculação ao edital, o Estado deve cumprir todas as disposições publicadas no edital de abertura, inclusive respeitando prazos para nomeação. O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 598.099/MS, admitiu algumas situações excepcionais que desobrigariam a Administração Pública de chamar os candidatos com direito subjetivo à nomeação: *superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade*. Tais exceções servem como vetores hermenêuticos para a Administração avaliar, com a devida cautela, a real necessidade de não cumprimento do dever de nomeação.

Sobre o estudo específico da responsabilidade estatal nos casos de nomeação tardia, analisou-se o julgamento do acórdão proferido pelo Supremo

Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 724.347/DF e, a partir de um viés crítico, constatou-se que a decisão merece várias críticas quanto à solução apresentada pela Corte. Fora arguido o argumento de que a jurisprudência predominante aponta para a não responsabilização do Estado nos casos de nomeação tardia. No entanto, a função dos tribunais é uniformizar a jurisprudência, de modo que os precedentes que emanam das cortes devem conter um debate intenso com a sociedade a fim de dar legitimidade à decisão. Consigna-se, no voto proferido pelo Relator, que em casos de patente arbitrariedade o Estado deve sim indenizar o candidato nomeado tardiamente, no entanto, resta a dúvida de qual é o significado dessa expressão. A Constituição não faz distinção de casos de “patente arbitrariedade” versus casos de arbitrariedade diminuta, pelo contrário, o dispositivo constitucional admoesta a responsabilidade pelos danos causados. Diferente do que foi mencionado no acórdão, o valor concedido a fim de reparação não guarda relação com os recursos que vão para setores de saúde, educação e segurança. Há que se destacar que não cabe ao Poder Judiciário tentar resolver aspectos da vida em sociedade que não são de sua alçada. O responsável pelo orçamento da Administração Pública não é o juiz, pelo contrário, a este cabe dirimir os conflitos e desigualdades que são levados ao seu conhecimento. Reforçou-se durante o estudo que indenização não é sinônimo de vencimento. O valor da indenização utilizaria como parâmetro o quantitativo das remunerações não percebidas em virtude da omissão ou conduta estatal. Ou seja, é uma indenização pelos danos sofridos e não contraprestação por serviço.

Em momento oportuno foi abordada a temática da decisão judicial e seus efeitos. Pode-se perceber que não é possível adequar as decisões judiciais em apenas uma categoria, pois diante de todas as relações jurídicas advindas do cotidiano das pessoas, o que se tem são várias decisões que se enquadram em várias classificações – declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva – e nas tutelas abordadas – tutela de remoção do ilícito, tutela ressarcitória na forma específica e na forma equivalente. No caso abordado no acórdão pelo STF, a decisão declarou existente a situação jurídica – candidatos podem realizar a segunda fase – ao passo que ordenou à Fazenda Pública a obrigação de possibilitar a continuidade dos indivíduos nas fases posteriores. Claramente uma sentença de cunho declaratório e mandamental. A forma de tutela nessas decisões foi no sentido de remover o ilícito,

pois havia uma omissão (não convocar) e uma ato ilícito (preterir os candidatos diante da abertura de novos concursos). Contudo, somente essa decisão não resolve o problema, pois deveria remover a ilicitude a fim de a norma fosse observada, retornando-se ao contexto anterior à violação. Se não é possível voltar no tempo e nomear os candidatos, a reparação pelo equivalente ao dano é medida que se impõe. Por conseguinte, os efeitos da provisão judicial, no caso em tela, deveriam retroagir desde a data em que os candidatos foram privados do direito à nomeação (tutela ressarcitória pelo equivalente).

Após, viu-se que a nomeação tardia do candidato aprovado em concurso público, detentor de direito subjetivo, configura-se como omissão por parte do administrador. Sendo assim, deve o Estado ser responsabilizado de forma objetiva, considerando o comportamento omissivo. Não se advoga a presença do elemento subjetivo nesse ínterim, pois é cediço que o Estado fere o dever especial de diligência em não nomear o candidato. Ao não se priorizar a responsabilidade objetiva, tem-se numa lide processual a necessidade de se realizar a instrução para verificação da culpa, ou não, do administrador o que pode demorar vários anos para se estabelecer. Nesse período a parte autora, que já sofreu com os danos causados pelo ente estatal, precisa suportar o ônus temporal enquanto a Constituição Federal sequer estipula a responsabilidade subjetiva pelas lesões cometidas pelo Poder Público. Ora, a culpa ou dolo do funcionário não importa à vítima, somente para o próprio Estado que a seu tempo pretenderá a restituição ao erário, por meio de ação regressiva.

Ao final do terceiro capítulo elencou-se o tema da responsabilidade pessoal do ordenador de despesas pela via regressiva. Observou-se que a legislação existente no ordenamento jurídico brasileiro é enfática quanto às competências e deveres do ordenador de despesa, considerando que é ele o grande responsável pelos atos de emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimimento ou dispêndio de recursos. A Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como outras legislações, especificam que a responsabilidade do ordenador quando for negligente com as contas do Estado e gerar prejuízo ao erário. Ou seja, preconizar a responsabilidade do ordenador de despesas nos casos em que se abre edital de concurso público para preenchimento de vagas e, por exemplo, não se verifica se há dotação orçamentária suficiente para esse encargo, é totalmente plausível e defensável.

Por fim, percebe-se que ainda existem muitas situações de arbitrariedade por parte dos administradores do dinheiro público. Em muitos locais publica-se edital de concurso público e os candidatos aprovados simplesmente ficam sem a nomeação que lhes é devida. Considerando que o Poder Judiciário, infelizmente, tem tido uma resposta frágil ao tema, no sentido de que a demora na nomeação, em geral, não é motivo suficiente para gerar indenização, essa prática torna-se corriqueira. Conclui-se que é extremamente necessário realizar uma nova interpretação judicial sobre este tema. O candidato aprovado em concurso público e nomeado tardiamente faz jus à indenização justa e proporcional aos danos causados pela Administração Pública. Algumas pessoas ficam anos esperando a nomeação, enfrentando intempéries incalculáveis, enquanto o Poder Público não faz nenhum esforço para garantir a posse do candidato.

Muitos administradores optam por não seguir o disposto nos editais, gerando insegurança àqueles que participaram do certame. Em que situação o candidato que mesmo depois de enfrentar milhares de concorrentes para uma vaga, acaba por não ser nomeado durante o tempo de vigência do concurso, ou ainda nomeado tardiamente? Trata-se de uma situação de prejuízo. E havendo prejuízo e dano, há dever de indenizar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES DOS SANTOS, D'Alembert Arrhenius. Concurso público: direito subjetivo à nomeação. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 15, n. 171, mai. 2015.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE; Comissão de Sistematização. **Emendas populares**. Volume 2. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, agosto de 1987. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/Documentos/Avulsos/vol-231.pdf>>. Acesso em 23/04/2016.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais**. Disponível em: < http://www.luistrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf>. Acesso em 01/08/2016.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. **Responsabilidade extracontratual do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 75/2015. Altera os artigos 24 e 37 da Constituição Federal para prever a competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre concursos públicos e facultar ao Poder Legislativo a iniciativa legislativa sobre a matéria. Autor: Senador Douglas Cintra. **Senado Federal**, Brasília, 11 jun. 2015. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121729>>. Acesso em: 16/11/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS: 26507 RJ 2008/0052991-1. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 18.09.2008. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 20 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.426. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 09.02.2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 18 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 356.209. Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 01.03.2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 25 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 144. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 06.08.2008. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 15 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17.02.2016. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 16 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 227.480. Rel. Min. Menezes Direito. Brasília, DF, 16.09.2008. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 21 ago. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 480.129. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 30.06.2009. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 23 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 598.099. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10.8.2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4336454>>. Acesso em 15/07/16.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Repercussão Geral. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 30.08.2013. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 set. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/Yt4rax>>. Acesso em 16/07/16.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 26.02.2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 724.347/DF. Documentos digitalizados. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4336454>>. Acesso em 20/07/16.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 43**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=43.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em 21/04/2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 228369320135040221. Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 02.03.2016. Diário de Justiça Eletrônico da Justiça do Trabalho, 11 mar. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. In: Juarez Freitas (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Manual do Ordenador de Despesas**. Brasília: CNMP, 2014. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/imagens/COMPLETO_Manual_do_Ordenador_WEB.pdf>. Acesso em 22/08/16.

DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da isonomia e concursos públicos. In: MOTTA, Fabrício (Org.). **Concurso público e constituição**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O ordenador de despesas e a Lei de Responsabilidade Fiscal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 38 n. 151 jul./set. 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREITAS, Daniel Castanha de. A responsabilidade civil do Estado por atos lícitos como resposta à aplicação do princípio constitucional da supremacia do interesse público. **Revista Fórum Administrativa - FA**. Belo Horizonte, n. 144, fev., 2013.

FREY, João Guilherme. Desemprego seguirá crescendo mesmo com eventual recuperação econômica. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 12 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/desemprego-seguira-crescendomesmo-com-eventual-recuperacao-economica-1qf5qcfjusgd3r6wzvwho3g5>>. Acesso em: 28/07/2016.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. **Direito público moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GABARDO, Emerson; RAZUK, Nahima Peron Coelho. Responsabilidade civil do Estado por atos do Ministério Público. **A & C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, v. 09, n. 38, out./dez., 2009.

GASPARINI, Diogenes. Concurso público – imposição constitucional e operacionalização. In: MOTTA, Fabrício (Org.). **Concurso público e constituição**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

GESTA LEAL, Rogério. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010.

GUEDES, José Rildo de Medeiros. **Comentário à lei de responsabilidade fiscal**. Rio de Janeiro: IBAM, 2001.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Hipóteses de não incidência de responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). **Direito e Administração Pública**: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LEAL, Luciana de Oliveira. **Tutela específica em face do Estado**: aspectos constitucionais, administrativos e processuais. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MAIA, Marcio Barbosa Maia; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado, nexos causal e imputação objetiva. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 18ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de Responsabilidade Civil do Estado. In: Juarez Freitas (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTEIRO, João Baptista. O conceito de decisão. **Revista de Processo**. São Paulo, v.23, jul./set., 1981.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. **Revista de Processo**. São Paulo, v.34, abr./jun., 1984.

MORGADO, Laerte Ferreira. **O orçamento público e a automação do processo orçamentário**. Disponível em: <<https://goo.gl/oQ6ayh>> Acesso em: 11/07/2016.

MOTTA, Fabrício Marcelo. Comentário ao artigo 37, inciso II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). **Comentário à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MOTTA, Fabrício. Concurso público e a confiança na atuação administrativa: análise dos princípios da motivação, vinculação ao edital e publicidade. In: MOTTA, Fabrício (Org.). **Concurso público e constituição**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

MOTTA, Fabrício. Concurso Público: direito à nomeação e a existência de “cadastro de reserva”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 24, dezembro, janeiro, fevereiro, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-FABRICIO-MOTTA.pdf>> Acesso em: 14/07/16.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e Legislação Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O problema da eficácia da sentença. **Revista de Processo**. São Paulo, v.112, out./dez., 2003.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O direito de regresso do Estado decorrente do reconhecimento de responsabilidade extracontratual no exercício da função administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

REIS, Heraldo da Costa; MACHADO JÚNIOR, José Teixeira. **A Lei 4.320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal**. 33ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Convocação de candidatos aprovados em concurso público e direito à nomeação: considerações sobre o controle judicial da atividade administrativa. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 164, out. 2014.

ROCHA, Daniel Machado da; LUCARELLI, Fábio Dutra; MACHADO, Guilherme Pinho. **Comentário à lei do regime jurídico únicos dos servidores públicos civis da União**. 2ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. In: Juarez Freitas (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público**: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social. 2009. 214 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/ad/teste/arqs/cp143672.pdf>>. Acesso em: 10/09/16.

SIMARDI FERNANDES, Luis Eduardo. Comentário ao artigo 27. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. (Coords.). **Código de Processo Civil Anotado**. Disponível em: <http://www.oabpr.org.br/downloads/OVO_CPC_ANOTADO.pdf>. Acesso em: 20/08/16, p. 1451.

SOUSA, Alice Ribeiro de. **Processo Administrativo do concurso público**. Leme: J. H. Mizuno, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VARGAS, Tuany Baron de. Concurso público e o direito subjetivo à nomeação: uma análise a partir dos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 16, n. 64, abr./jun. 2016.